



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1986 Vol. 1

1^{er} cahier, 1986 Vol. 1

Cited as [1986] 1 S.C.R. 2-144

Renvoi [1986] 1 R.C.S. 2-144

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Supervisor, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1986.

CONTENTS

Bellerose et al. v. Attorney General of Quebec	55
Criminal law — Jurisdiction — Procedure — Accused charged with same offences in separate informations — Joint trial — No jurisdiction to try simultaneously separate informations.	
Brossard (City of) v. Pelletier	53
Appeal — Expropriation — Right of the expropriating party to appeal from an order of the Expropriation Tribunal fixing the final indemnity to be paid to the lessee of an expropriated immovable.	
Cook v. The Queen	144
Criminal law — Evidence — Hearsay — Exclusionary rules — Conspiracy — Evidence of statements forming the agreement of conspiracy admissible.	
H.W. Liebig & Co. v. Leading Investments Ltd.	70
Contracts — Real estate — Listing agreement and agreement for purchase and sale — Buyer unwilling to close — Deposit held by broker — Vendor's action against buyer settled — Relationship between two documents — Interpretation of documents — Whether deposit to be returned to vendor or commission to be paid to broker — Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223, s. 36.	
Hillis Oil and Sales Ltd. v. Wynn's Canada, Ltd.	57
Contract — Distributorship — Termination by manufacturer without cause — Whether required reasonable notice — Clause providing for termination by manufacturer with immediate	

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Superviseur, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1986.

SOMMAIRE

Bellerose et autres c. Procureur général du Québec	55
Droit criminel — Compétence — Procédure — Prévenus inculpés des mêmes infractions dans des dénonciations distinctes — Procès conjoint — Absence de compétence pour juger simultanément des dénonciations distinctes.	
Brossard (Ville de) c. Pelletier	53
Appel — Expropriation — Droit de l'expropriant d'interjeter appel d'une ordonnance du Tribunal de l'expropriation fixant l'indemnité définitive payable au locataire d'un immeuble exproprié.	
Cook c. La Reine	144
Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Règles d'exclusion — Complot — Admissibilité de la preuve de déclarations relatives à l'entente en vue du complot.	
H.W. Liebig & Co. c. Leading Investments Ltd.	70
Contrats — Biens immobiliers — Convention d'inscription et promesse de vente — Refus de l'acheteur de mener la vente à son terme — Dépôt détenu par le courtier — Action intentée par le vendeur contre l'acheteur réglée — Lien entre deux documents — Interprétation de documents — Le dépôt doit-il être remis au vendeur ou la commission versée au courtier? — Judicature Act, R.S.O. 1980, chap. 223, art. 36.	
Hillis Oil and Sales Ltd. c. Wynn's Canada, Ltd.	57
Contrats — Distribution — Résiliation par le fabricant sans motif — Un avis suffisant est-il requis? — Article prévoyant la résiliation du contrat par le fabricant avec effet immédiat s'il y	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

effect in the event of breach of agreement by distributor, insolvency of distributor, or change in partnership of distributor — Other clause providing for termination by manufacturer and distributor at any time with or without cause — Whether inclusion of words “upon the giving of such notice, this Agreement shall be cancelled, terminated and at an end” in first clause and their omission in second clause created ambiguity as to whether distributorship agreement could be terminated with immediate effect pursuant to the second clause or only upon giving reasonable notice — Application of the *contra proferentem* rule of construction.

Martin v. Perrie 41

Limitation of actions — Limitation period altered — Medical malpractice — Action statute-barred when amending legislation became effective — Action brought within period allowed by amending legislation — Whether or not amending legislation can be relied on — The Medical Act, R.S.O. 1970, c. 268, s. 48 — The Health Disciplines Act, 1974, 1974 (Ont.), c. 47 — The Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225, ss. 10, 14(1)(c).

Morozuk v. The Queen 31

Criminal law — Drug offences — Accused convicted of possession of cannabis (marihuana) for purposes of trafficking while evidence disclosing trafficking in cannabis resin — Crown particularizing which substance was the narcotic while proving a different substance — Possession of a narcotic for the purpose of trafficking constituting the gravamen of the offence — Absence of prejudice to the accused — Indictment amended and appeal dismissed by Supreme Court of Canada — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 2, 4, schedule: item 3 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529(4), (5), 613(1)(b)(i), (3).

Courts — Jurisdiction — Indictment — Amendment — Drug offences — Variance between the particular and the evidence — No amendment made throughout the proceedings — Supreme Court of Canada having jurisdiction to amend conviction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529(4), (5), 613(1)(b)(i), (3).

R. v. Oakes 103

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence (s. 11(d)) — Reverse onus clause — Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug — Onus on accused to rebut presumption — Whether or not reverse onus in violation of s. 11(d) of the Charter — Whether or not reverse onus a reasonable limit to s. 11(d) and justified in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

Criminal law — Presumption of innocence — Reverse onus — Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug — Onus on accused to rebut presumption — Whether or not constitutional guarantee of presumption of innocence (s. 11(d) of the Charter) violated.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

a violation du contrat par le distributeur, insolvabilité de ce dernier ou changement dans sa société — Autre article prévoyant la résiliation par le fabricant ou le distributeur, n'importe quand, avec ou sans motif — L'insertion des mots «sur envoi de cet avis, le présent contrat sera résilié, annulé et il prendra fin» dans le premier article et leur omission dans le deuxième créent-elles une ambiguïté sur le point de savoir si le contrat de distribution peut prendre fin immédiatement en vertu du deuxième article ou seulement après un avis suffisant? — Application de la règle d'interprétation *contra proferentem*.

Martin c. Perrie 41

Prescription — Modification de la période de prescription — Faute médicale — Action déjà prescrite à l'entrée en vigueur de la loi modificative — Action intentée à l'intérieur du délai accordé par la loi modificative — Peut-on se fonder sur la loi modificative? — The Medical Act, R.S.O. 1970, chap. 268, art. 48 — The Health Disciplines Act, 1974, 1974 (Ont.), chap. 47 — Loi d'interprétation, R.S.O. 1970, chap. 225, art. 10, 14(1)c).

Morozuk c. La Reine 31

Droit criminel — Infractions relatives à des stupéfiants — Accusé déclaré coupable de possession de cannabis (marihuana) pour en faire le trafic malgré la preuve de trafic de résine de cannabis — La poursuite particularise la substance constituant le stupéfiant mais prouve une substance différente — La possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic est l'essence de l'infraction — Aucun préjudice causé à l'accusé — Modification de l'acte d'accusation et rejet du pourvoi par la Cour suprême du Canada — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2, 4, annexe: art. 3 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529(4), (5), 613(1b)(i), (3).

Tribunaux — Compétence — Acte d'accusation — Modification — Infractions relatives à des stupéfiants — Divergence entre un détail de l'acte d'accusation et la preuve — Aucune modification apportée pendant les procédures — Compétence de la Cour suprême du Canada de modifier la déclaration de culpabilité — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529(4), (5), 613(1b)(i), (3).

R. c. Oakes 103

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence (al. 11d)) — Disposition portant inversion de la charge de la preuve — L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite — Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption — L'inversion de la charge de la preuve est-elle contraire à l'al. 11d) de la Charte? — L'inversion de la charge de la preuve apporte-t-elle à l'al. 11d) une limite qui soit raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

Droit criminel — Présomption d'innocence — Inversion de la charge de la preuve — L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite — Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Vézina and Côté v. The Queen 2

Criminal law — Trial — Absence of accused — Trial judge examining two jurors in chambers in absence of accused and counsel — Inquiry relating to impartiality of certain jurors — Whether trial judge's examination to determine the impartiality of jurors need be in the presence of the accused — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 577.

Criminal law — Fraud — Indictment — Indictment describing the "Bank of Montreal" as the victim of the conspiracy to defraud and the attempted fraud — No case *vis-à-vis* the Bank of Montreal — Motion to amend the indictment denied by trial judge because of irreparable prejudice to accused — No evidence of prejudice — Indictment amended and new trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 338, 529.

SOMMAIRE (Fin)

Y a-t-il eu violation du droit constitutionnel d'être présumé innocent (al. 11d) de la Charte)?

Vézina et Côté c. La Reine 2

Droit criminel — Procès — Absence des accusés — Interrogatoire de deux jurés par le juge du procès dans son cabinet en l'absence des accusés et des avocats — Enquête concernant l'impartialité de certains jurés — Le juge du procès doit-il mener l'interrogatoire relatif à l'impartialité de jurés en présence des accusés? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 577.

Droit criminel — Fraude — Acte d'accusation — Acte d'accusation identifiant la «Banque de Montréal» comme victime d'un complot en vue de frauder et d'une tentative de fraude — Aucune preuve concernant la Banque de Montréal — Rejet d'une requête en modification de l'acte d'accusation par le juge du procès pour cause de préjudice irréparable aux accusés — Aucune preuve de préjudice — Acte d'accusation modifié et nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 338, 529.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 1986

1^{er} volume, 1986

Gérard Vézina *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

and between

Donald Côté *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Donald Côté and Gérard Vézina *Respondents*.

File Nos.: 17378, 17377, 17376.

1984: December 12; 1986: January 30.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Absence of accused — Trial judge examining two jurors in chambers in absence of accused and counsel — Inquiry relating to impartiality of certain jurors — Whether trial judge's examination to determine the impartiality of jurors need be in the presence of the accused — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 577.

Criminal law — Fraud — Indictment — Indictment describing the "Bank of Montreal" as the victim of the conspiracy to defraud and the attempted fraud — No case vis-à-vis the Bank of Montreal — Motion to amend the indictment denied by trial judge because of irreparable prejudice to accused — No evidence of prejudice — Indictment amended and new trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 338, 529.

The accused were charged with (1) unlawful possession of stolen Government of Canada bonds, (2) conspiracy to defraud the Bank of Montreal and (3) attempt to defraud the Bank of Montreal. The evidence adduced at trial indicated that the accused and two associates attempted unsuccessfully to cash the bonds with a bank in Switzerland. The Swiss Bank counselled them to deposit the bonds in that Bank's account with the Bank

Gérard Vézina *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a

et entre

Donald Côté *Appellant*;

et

^b

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

et entre

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

^c

et

Donald Côté et Gérard Vézina *Intimés*.

N^{os} du greffe: 17378, 17377, 17376.

^d

1984: 12 décembre; 1986: 30 janvier.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^e

Droit criminel — Procès — Absence des accusés — Interrogatoire de deux jurées par le juge du procès dans son cabinet en l'absence des accusés et des avocats — Enquête concernant l'impartialité de certains jurés — Le juge du procès doit-il mener l'interrogatoire relatif à l'impartialité de jurés en présence des accusés? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 577.

^g

Droit criminel — Fraude — Acte d'accusation — Acte d'accusation identifiant la «Banque de Montréal» comme victime d'un complot en vue de frauder et d'une tentative de fraude — Aucune preuve concernant la Banque de Montréal — Rejet d'une requête en modification de l'acte d'accusation par le juge du procès pour cause de préjudice irréparable aux accusés — Aucune preuve de préjudice — Acte d'accusation modifié et nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 338, 529.

ⁱ

Les accusés ont été inculpés (1) de possession illégale d'obligations volées du gouvernement du Canada, (2) de complot en vue de commettre une fraude contre la Banque de Montréal et (3) de tentative de fraude contre la Banque de Montréal. Selon la preuve présentée au procès, les accusés et deux comparses ont tenté sans succès d'encaisser les obligations auprès d'une banque en Suisse. La banque suisse leur a conseillé de déposer les

^j

of Montreal. The latter, however, would not credit the Swiss Bank with the proceeds of the bonds until it had received the money from the Bank of Canada. The proceeds were never credited because the Bank of Canada informed the Bank of Montreal that they were dealing with stolen bonds.

At the close of the Crown's case, the trial judge allowed the motion of the accused for a directed verdict of acquittal on counts 2 and 3 on the ground that there was no evidence supportive of a conspiracy to defraud or an attempt to defraud the Bank of Montreal. The Bank, as agent of the Swiss Bank, would not make any payment from its own funds and consequently would not have suffered any prejudice from the transaction. The trial judge denied the Crown's motion to amend the indictment by deleting the reference to the Bank of Montreal because the accused would suffer serious prejudice and because there was no case establishing a risk of prejudice to the economic interests of anyone, except the owner of the bonds. The jury as directed returned a verdict of not guilty on counts 2 and 3.

During the course of the jury's deliberations with respect to the first count, the trial judge received notes from two jurors questioning the impartiality of two other jurors. After consulting the counsel for the parties and failing to obtain any consent as to what steps should be taken, the trial judge questioned the two complaining jurors in his chambers in the sole presence of a court reporter and concluded that their complaint was without foundation. He decided that there was no reason for the jury not to continue its deliberations. The jury found the accused guilty of unlawful possession.

The Court of Appeal allowed both the Crown's appeal from the directed verdicts of acquittal and the appeals of the accused from their conviction for possession and in all cases ordered a new trial. The Crown and the accused now appeal to this Court.

Held: The appeals should be dismissed.

(1) *The appeal by the Crown:* The examination of the two jurors by the trial judge in his chambers, without the presence of the accused, constituted a violation of s. 577 of the *Criminal Code*. The right of an accused to be present at his trial means that he has the right to have direct knowledge of anything that occurs in the course of his trial which could involve his vital interests. If on the

obligations au compte qu'elle détenait à la Banque de Montréal. Cette dernière a cependant décidé de ne pas porter au crédit de la banque suisse la valeur des obligations tant qu'elle n'aurait pas reçu l'argent de la Banque du Canada. L'argent ne fut jamais crédité parce que la Banque du Canada a avisé la Banque de Montréal qu'il s'agissait d'obligations volées.

Au terme de la présentation de la preuve de Sa Majesté, le juge du procès a accueilli la requête des accusés en verdict imposé d'acquiescement relativement aux chefs d'accusation 2 et 3 parce qu'aucune preuve n'établissait un complot en vue de frauder ou une tentative de frauder la Banque de Montréal. La banque, à titre de mandataire de la banque suisse, n'aurait déboursé aucun fonds propre et par conséquent n'aurait subi aucun préjudice par suite de l'opération. Le juge du procès a rejeté la requête de Sa Majesté visant à modifier l'acte d'accusation par la suppression de la mention de la Banque de Montréal parce que les accusés auraient subi un préjudice grave et parce qu'aucune preuve n'établissait un risque de préjudice relatif aux intérêts pécuniaires de qui que ce soit, à l'exception du propriétaire des obligations. Comme on le lui avait imposé, le jury a rendu un verdict de non-culpabilité relativement aux chefs 2 et 3.

Au cours des délibérations du jury relativement au premier chef d'accusation, le juge du procès a reçu des notes de deux jurées mettant en doute l'impartialité de deux autres jurés. Ayant consulté les avocats des parties et ayant demandé en vain leur accord sur les mesures à prendre, le juge du procès a interrogé dans son cabinet les jurées plaignantes en la seule présence d'un sténographe judiciaire et a conclu que leur plainte était sans fondement. Il a décidé qu'il n'y avait aucune raison pour laquelle le jury ne devrait pas continuer ses délibérations. Le jury a conclu que les accusés étaient coupables de possession illégale.

La Cour d'appel a accueilli l'appel de Sa Majesté contre les verdicts imposés d'acquiescement ainsi que les appels des accusés contre leur déclaration de culpabilité de possession et, dans tous les cas, a ordonné un nouveau procès. Sa Majesté et les accusés se pourvoient maintenant devant cette Cour.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

(1) *Le pourvoi de Sa Majesté:* L'interrogatoire des deux jurées par le juge du procès dans son cabinet, hors la présence des accusés, constitue une violation de l'art. 577 du *Code criminel*. Le droit d'un accusé d'être présent à son procès signifie qu'il a le droit de prendre directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès qui puisse toucher à ses intérêts

facts of a case it is uncertain whether the accused's vital interests are involved, the judge may, in the absence of the accused, investigate the matter. This would include questioning the jurors. But as of the moment it appears those vital interests are in issue, the issue must be determined in the presence of the accused. Where a judge is being told by jurors that the integrity of other jurors is in doubt, the accused's vital interests are in issue, and the investigation and determination of that issue must be conducted in the presence of the accused.

(2) *The appeals by the accused:* Although there was evidence of an attempt to defraud someone, there was no case to put to the jury as regards the Bank of Montreal. The accused did not conspire to or attempt to defraud that Bank. The two concerns with fraud are dishonesty and deprivation. The element of deprivation is satisfied on proof of detriment, prejudice, or risk of prejudice to the economic interests of the victim. It is not essential that there be actual economic loss as to the outcome of the fraud. Hiding the fact from the Bank of Montreal that the bonds were stolen and representing one's self as the lawful holder of the bonds satisfies the requirement of dishonesty. The Bank of Montreal, however, was not, on the facts of this case, asked to disburse any money for the bonds. The Bank was induced through deceit into becoming, albeit innocently, instrumental to a fraudulent scheme. As wide as the notion of deprivation may be, it does not encompass the kind of prejudice that might flow from such a situation. Any deprivation to the Bank of Montreal would be speculative and too remote.

On a charge of conspiracy to defraud or of an attempt to defraud, there is no need to establish the identity of the victim and the reference to the "Bank of Montreal" was unnecessary and mere surplusage. The surplusage rule, like ss. 510(3) and 529, cannot be invoked in cases where its application may prejudice the accused in his defence. Here, the trial judge felt that, after an eight month trial, the prejudice to the accused was irreparable. He gave no reason for that finding and there was no indication from the evidence that the accused were misled in their handling of the case. The trial judge refused the Crown's amendment and granted the motion for a directed verdict because in his view there were no possible target victims of their deceit. The amendment therefore had no useful purpose. Even though a trial judge's finding should not be lightly interfered with, the appeal judge was justified in reviewing that finding and rightly concluded that there had been no prejudice. The indictment should be amended by deleting reference to

vitaux. Si, suivant les faits de l'espèce, il n'est pas certain que les intérêts vitaux de l'accusé sont en jeu, le juge peut, en l'absence de l'accusé, enquêter sur la question. Cela comprendrait l'interrogatoire des jurés. Mais dès qu'il appert que ces intérêts vitaux sont en jeu, il faut trancher la question en présence de l'accusé. Lorsque des jurés disent à un juge que l'intégrité d'autres jurés est mise en doute, les intérêts vitaux de l'accusé sont en jeu et l'enquête et la décision relatives à cette question doivent avoir lieu en présence de l'accusé.

(2) *Les pourvois des accusés:* Bien qu'il y ait eu preuve d'une tentative de frauder quelqu'un, il n'y avait aucune preuve à soumettre au jury concernant la Banque de Montréal. Les accusés n'ont pas comploté en vue de frauder cette banque ni tenté de la frauder. Les deux éléments de la fraude sont la malhonnêteté et la privation. On établit la privation si l'on prouve que les intérêts pécuniaires de la victime ont subi un dommage ou un préjudice ou qu'il y a risque de préjudice à leur égard. Il n'est pas essentiel que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle. Cacher à la Banque de Montréal qu'il s'agissait d'obligations volées et se présenter comme un détenteur licite des obligations satisfont aux critères de la malhonnêteté. On ne demandait pas à la Banque de Montréal, d'après les faits de l'espèce, de déboursier de l'argent pour les obligations. La banque a été amenée par la supercherie à participer, quoique innocemment, à une opération frauduleuse. Aussi large que soit la notion de privation, elle n'englobe pas le genre de préjudice qui pourrait découler d'une telle situation. Toute privation causée à la Banque de Montréal reste hypothétique et trop lointaine.

Dans une accusation de complot en vue de frauder ou de tentative de frauder, il n'est pas nécessaire d'établir l'identité de la victime et la mention «Banque de Montréal» était inutile et superfétatoire. La règle du superfétatoire, comme le par. 510(3) et l'art. 529, ne peut être invoquée lorsque son application peut causer un préjudice à l'accusé dans sa défense. En l'espèce, le juge du procès a estimé que, après un procès de huit mois, le préjudice causé aux accusés était irréparable. Il n'a pas donné les motifs de cette conclusion et rien dans la preuve n'indique que les accusés ont été induits en erreur dans leur façon de mener leur défense. Le juge du procès a refusé la modification de Sa Majesté et a accueilli la requête en verdict imposé parce que à son avis leur supercherie ne visait aucune victime possible. La modification n'avait donc aucune utilité. Même s'il ne faut pas intervenir à la légère face à une conclusion du juge de première instance, le juge d'appel était fondé à réviser cette conclusion et il a eu raison de conclure qu'il n'y

the Bank of Montreal and a new trial held on the indictment as amended.

avait eu aucun préjudice. L'acte d'accusation doit être modifié par la suppression de la mention de la Banque de Montréal et un nouveau procès ordonné sur l'acte d'accusation modifié.

Cases Cited

R. v. Hertrich, Stewart and Skinner (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, applied; *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14 (Que. Q.B.), aff'd [1966] S.C.R. 399; *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *R. v. Adduono* (1940), 73 C.C.C. 152; *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188; *R. v. Elliott*, [1976] 4 W.W.R. 285; *R. v. Little and Wolski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 531 (Man. C.A.), aff'd [1976] 1 S.C.R. 20; *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294; *R. v. MacLean and MacLean* (1981), 58 C.C.C. (2d) 318; *R. v. Simard* (1980), 55 C.C.C. (2d) 306; *R. v. O'Connor*, [1963] 1 C.C.C. 229; *R. v. Coote* (1903), 8 C.C.C. 199; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *R. v. Wines* (1953), 37 Cr. App. Rep. 197; *Adcock v. Archibald*, [1925] J.C. 58, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 338 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 32], 510(1), (3), 512(c), 515, 529 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 105, s. 29, item 6], 577 [am. 1972 (Can.), c. 13, s. 50], 613(1)(b)(iii).

Authors Cited

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, Aurora Ont., Canada Law Book Ltd., 1983.
Gordon, G. H. *The Criminal Law of Scotland*, 2nd ed., Edinburgh, W. Green & Son Ltd., 1978.
Holdsworth, W. S. *A History of English Law*, vol. 3, 5th ed., London, Methuen & Co., 1942.
Radzinowicz, L. *A History of English Criminal Law*, vol. 1, New York, MacMillan Co., 1948.
Stephen, J. F. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, London, MacMillan & Co., 1883.

APPEAL by the Crown from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155, 32 C.R. (3d) 47, allowing the appeals of the accused from their conviction for illegal possession of stolen bonds and ordering a new trial. Appeal dismissed.

APPEALS by the accused from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1982), 3 C.C.C. (3d)

^a Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; arrêts mentionnés: *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14 (B.R. Qué.), conf. [1966] R.C.S. 399; *R. v. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. v. Adduono* (1940), 73 C.C.C. 152; *Brodie v. The King*, [1936] R.C.S. 188; *R. v. Elliott*, [1976] 4 W.W.R. 285; *R. v. Little and Wolski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 531 (C.A. Man.), conf. [1976] 1 R.C.S. 20; *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294; *R. v. MacLean and MacLean* (1981), 58 C.C.C. (2d) 318; *R. v. Simard* (1980), 55 C.C.C. (2d) 306; *R. v. O'Connor*, [1963] 1 C.C.C. 229; *R. v. Coote* (1903), 8 C.C.C. 199; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *R. v. Wines* (1953), 37 Cr. App. Rep. 197; *Adcock v. Archibald*, [1925] J.C. 58.

Lois et règlements cités

^e *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 338 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 32], 510(1), (3), 512c), 515, 529 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 105, art. 29, item 6], 577 [mod. 1972 (Can.), chap. 13, art. 50], 613(1)(b)(iii).

^f Doctrine citée

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, Aurora Ont., Canada Law Book Ltd., 1983.
Gordon, G. H. *The Criminal Law of Scotland*, 2nd ed., Edinburgh, W. Green & Son Ltd., 1978.
Holdsworth, W. S. *A History of English Law*, vol. 3, 5th ed., London, Methuen & Co., 1942.
Radzinowicz, L. *A History of English Criminal Law*, vol. 1, New York, MacMillan Co., 1948.
^h Stephen, J. F. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, London, MacMillan & Co., 1883.

ⁱ POURVOI de Sa Majesté contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155, 32 C.R. (3d) 47, qui a accueilli les appels des accusés contre leur déclaration de culpabilité de possession illégale d'obligations volées et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

^j POURVOIS des accusés contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1982), 3 C.C.C. (3d)

557, setting aside their acquittal and ordering a new trial on the counts of attempted fraud and conspiracy. Appeals dismissed.

Michel Proulx, for Côté.

Robert Doré, for Vézina.

Yves Berthiaume, for Her Majesty The Queen.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—Donald Côté, Gérard Vézina and Claude Benloulou were tried before a jury of the Montréal Assizes on an indictment comprising three counts: illegal possession of stolen bonds, and as a result of having attempted to negotiate said bonds, of attempted fraud and of conspiracy to commit fraud. Lamb J. granted a motion for a directed verdict of acquittal on the latter two counts but denied the motion as regards the count of possession.

The jury as directed returned a verdict of not guilty on the two counts, deliberated on the first and found all three accused guilty of unlawful possession. The Crown appealed the directed verdicts of acquittal, and the accused appealed their conviction for possession. Prior to the judgment of the Court of Appeal, Benloulou died. In a unanimous decision the appeals of the Crown were allowed and a new trial was ordered on the counts of attempted fraud and of conspiracy: (1982), 3 C.C.C. (3d) 557. The appeals of the accused Côté and Vézina were also allowed, *L'Heureux-Dubé J.A.* dissenting: [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155, 32 C.R. (3d) 47. The Crown and the accused all appeal to this Court as of right, the Crown by virtue of *L'Heureux-Dubé J.A.*'s dissent, the accused because of the reversal of their acquittal.

The Crown's Appeal

The Facts

The facts relevant to the Crown's appeal are conveniently found in Lamb J.'s report on the

557, qui a infirmé leur acquittement et ordonné un nouveau procès sur les chefs d'accusation de tentative de fraude et de complot. Pourvois rejetés.

a Michel Proulx, pour Côté.

Robert Doré, pour Vézina.

Yves Berthiaume, pour Sa Majesté La Reine.

b Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Donald Côté, Gérard Vézina et Claude Benloulou ont été jugés devant un jury aux Assises de Montréal relativement à un acte d'accusation comportant trois chefs: possession illégale d'obligations volées et, par suite d'une tentative de négocier lesdites obligations, tentative de fraude et complot en vue de commettre une fraude. Le juge Lamb a fait droit à une requête en obtention d'un verdict imposé d'acquittal relativement aux deux derniers chefs, mais il a rejeté la requête dans le cas du chef de possession.

e Le jury, comme il le lui avait été imposé, a rendu un verdict de non-culpabilité relativement aux deux chefs et, après avoir délibéré sur le premier, a déclaré les trois accusés coupables de possession illégale. Sa Majesté en a appelé des verdicts imposés d'acquittal et les accusés en ont appelé de leur déclaration de culpabilité de possession. Benloulou est décédé avant que ne soit rendu l'arrêt de la Cour d'appel. Dans un arrêt unanime, les appels de Sa Majesté ont été accueillis et un nouveau procès ordonné concernant les chefs de tentative de fraude et de complot: (1982), 3 C.C.C. (3d) 557. Les appels des accusés Côté et Vézina ont aussi été accueillis, le juge *L'Heureux-Dubé* étant dissidente: [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155, 32 C.R. (3d) 47. Sa Majesté et les accusés se pourvoient tous devant cette Cour, de plein droit, Sa Majesté en raison de la dissidence du juge *L'Heureux-Dubé*, les accusés parce que leur acquittement a été infirmé.

Le pourvoi de Sa Majesté

Les faits

j Les faits utiles au pourvoi de Sa Majesté sont bien exposés dans le rapport que le juge Lamb a

matter to the Court of Appeal, and concern, he says:

... two written communications I received during the course of the jury's deliberations from each of two female jurors indicating their belief that two male members of the jury were being or had been influenced by one of the accused.

Having informed the accused and counsel of these communications and having asked for and failed to obtain agreement of counsel as to what steps should be taken, and since in my opinion there was, at that stage of the trial, only one course to follow, I conducted my own inquiry, which is fully documented in the Record of the case, and interviewed each accusing juror in turn exclusively as to the reasons for her suspicions. I satisfied myself that these were without foundation. I therefore permitted the jury's deliberations to continue, rejecting the two alternative courses of (a) removal from the jury of the two jurors against whom the accusations had been made, or (b) declaring a mistrial. I formally advised the accused and counsel of my decision.

The two notes sent to the judge by the two jurors read as follows:

[TRANSLATION] Your Honour, I have doubts with respect to the honesty of two jurors, may I meet with you? Yours truly, Pauline Charbonneau.

Your Honour, We are in a state of panic caused by the behaviour of Daniel and Denis (juror numbers 9 and 4), who do not want to listen to anyone. They are like wild beasts, and I accuse them of doing everything possible to influence in a diabolical manner the weaker jurors; and they are doing this in their own interest, and I believe I know the source of that interest. I will have much more to say at a more appropriate time and place. Yours respectfully, Janette Trudel.

The judge, in the presence of the accused and of counsel, read the notes and made the following request:

[TRANSLATION] Might I just request the consent of counsel for the defence to my examining—without the presence of counsel and without the presence of the accused—to my meeting at her request with juror No. 5 to hear what she has to say?

While consented to by the Crown, this was clearly objected to by the defence. There ensued a discussion, and, after a recess for lunch, counsel for the defence made a motion for mistrial. This motion was based on the fact that given the nature of the accusation the jury could not enjoy the

soumis à la Cour d'appel sur cette affaire; il s'agit, dit-il, de:

[TRANSLATION] ... deux communications écrites que j'ai reçues de deux jurées, alors que le jury délibérait, indiquant qu'elles croyaient que deux jurés étaient ou avaient été influencés par l'un des accusés.

Ayant informé les accusés et leurs avocats de ces communications et n'ayant pas obtenu l'accord des avocats sur les mesures à prendre et, comme à mon avis il n'y avait, au stade ou en était rendu le procès, qu'une seule avenue possible, j'ai procédé à ma propre enquête dont toutes les pièces ont été versées au dossier de l'affaire, et j'ai interrogé chacune des jurées accusatrices, l'une après l'autre, sur les motifs de leurs soupçons. Je suis devenu convaincu que ceux-ci étaient sans fondement. J'ai donc autorisé la poursuite des délibérations du jury, écartant les deux autres avenues possibles: a) retirer du jury les deux jurés visés par les accusations ou, b) déclarer que le procès avortait. J'ai formellement avisé les accusés et les avocats de ma décision.

Voici le texte des deux notes que les deux jurées avaient adressées au juge:

Monsieur le juge, j'ai des doutes sur l'honnêteté de deux jurés, puis-je vous rencontrer? Bien à vous, Pauline Charbonneau.

Monsieur le juge: Nous sommes paniqués par le comportement de Daniel et Denis (jurés numéros neuf et quatre), qui ne veulent rien entendre de positif. Ils sont comme des fauves, je les accuse de tout faire pour influencer diaboliquement les plus faibles, et cela dans leurs propres intérêts dont je crois connaître la source. J'en dirai beaucoup plus en temps et lieu. Respectueusement vôtre, Janette Trudel.

Le juge, en présence des accusés et des avocats, a lu les notes et a demandé ce qui suit:

Puis-je juste demander le consentement des avocats de la défense à ce que, hors la présence des avocats, et hors la présence des accusés, j'interroge, je rencontre, selon sa demande, le juré numéro cinq (5) afin de recevoir ses explications?

Si la poursuite a consenti à cela, la défense quant à elle s'y est clairement opposée. S'ensuit une discussion puis, après l'ajournement pour le repas du midi, les avocats de la défense ont soumis une requête en déclaration d'avortement de procès. Cette requête était fondée sur le fait que, compte

serenity required to fulfill its duties. Furthermore, there was some concern that if jurors No. 9 and No. 4 knew of the nature of the suspicion entertained by some of the jurors, they would be pressured into giving a verdict that would dispel these suspicions. The defence asked, in the alternative, that the two jurors who sent the notes be excluded from the panel. The motions were denied.

Lamb J. met together with these two jurors in his chambers, in the sole presence of a court reporter. It was only once the verdict was pronounced that counsel and the accused were informed in open court of his meeting with the jurors and given a transcript of the exchange that took place in the judge's chambers. The record does not reveal whether the judge's disposition of the motions was made prior to his meeting with the jurors. In fact, as was revealed in the Court of Appeal and referred to by Owen J.A. in his judgment:

When asked by counsel for defence whether he had conducted an inquiry with respect to the two jurors who had written notes, the presiding judge replied:

[TRANSLATION] I can tell you that I have come to the conclusion that there is no valid reason that the jury cannot, will not, be able to or should not continue its deliberations in order to arrive at their verdict.

The Judgments of the Court of Appeal

Owen and Malouf J.J.A. both found a violation of s. 577. Owen J.A. adopted the views of the Court of Appeal of Ontario in two cases, those expressed by Martin J.A. in *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 and those of Zuber J.A. in *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570. L'Heureux-Dubé J.A. dissented and found that on the facts of the case there was no violation of the section. She was of the view that a preliminary investigation determining the impartiality of the jurors need not be in the presence of the accused.

tenu de la nature de l'accusation, le jury ne pourrait s'acquitter de ses obligations avec la sérénité requise à cette fin. De plus, on craignait jusqu'à un certain point que si les jurés n° 9 et n° 4 apprenaient la nature des soupçons qu'entretenaient certains membres du jury à leur égard, ils se sentent obligés de rendre un verdict qui dissiperait ces soupçons. Subsidiairement, la défense a demandé que les deux jurées qui avaient fait parvenir les notes soient exclues du jury. Ces requêtes ont été rejetées.

Le juge Lamb a rencontré les deux jurées dans son cabinet, en la seule présence d'un sténographe judiciaire. Ce n'est qu'une fois le verdict rendu que les avocats et les accusés ont été informés en cour qu'il avait rencontré les jurées et qu'ils ont reçu une transcription des conversations qui ont eu lieu dans le cabinet du juge. Le dossier n'indique pas si le juge a statué sur les requêtes avant de rencontrer les jurées. En fait, comme cela a été révélé en Cour d'appel et comme le mentionne le juge Owen dans son arrêt:

[TRADUCTION] Lorsque les avocats de la défense lui ont demandé s'il avait procédé à une enquête au sujet des deux jurées qui avaient écrit les notes, le président du tribunal a répondu:

Je peux vous dire que je suis venu à la conclusion qu'il n'y a aucune raison valable pour laquelle le jury ne peut pas, ne pourra pas ou ne devra pas continuer ses délibérations afin d'arriver à leur verdict.

Les arrêts de la Cour d'appel

Les juges Owen et Malouf ont tous deux conclu à une violation de l'art. 577. Le juge Owen a adopté le point de vue exprimé par la Cour d'appel de l'Ontario dans deux affaires, celui du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, et celui du juge Zuber dans l'arrêt *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570. Madame le juge L'Heureux-Dubé a été dissidente, concluant que, d'après les faits de l'espèce, il n'y avait pas eu violation de l'article. Elle a exprimé l'avis qu'un interrogatoire préliminaire sur l'impartialité des jurés n'avait pas à se faire en présence de l'accusé.

The Law

The relevant facts are in regard of s. 577:

577. (1) Subject to subsection (2), an accused other than a corporation shall be present in court during the whole of his trial.

(2) The court may

(a) cause the accused to be removed and to be kept out of court, where he misconducts himself by interrupting the proceedings so that to continue the proceedings in his presence would not be feasible,

(b) permit the accused to be out of court during the whole or any part of his trial on such conditions as the court considers proper, or

(c) cause the accused to be removed and to be kept out of court during the trial of an issue as to whether the accused is, on account of insanity, unfit to stand his trial where it is satisfied that failure to do so might have an adverse effect on the mental health of the accused.

(3) An accused is entitled, after the close of the case for the prosecution, to make full answer and defence personally or by counsel.

Until *Hertrich, supra*, the courts considered that the test as to the scope of s. 577 was to be found in the words of the judgment of Casey J.A. in *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14 (affirmed by this Court, [1966] S.C.R. 399), where he said, at p. 17:

Our problem is whether the Court proceeded, whether it did anything of a nature to advance the case, in the absence of the appellant. If it did not appellant's argument must be rejected; if it did the conviction must be quashed.

In *R. v. Grimba, supra*, Zuber J.A. questioned whether the words "of a nature to advance the case" were intended to be definitive". In my view, they were not. The question as put by Casey J.A. was befitting the issue and the facts of that case. I think the proper test is to be found in Martin J.A.'s judgment in *Hertrich, supra*.

In *Hertrich*, a case also involving meetings with jurors, the judge was informed by the sheriff that a juror had conveyed to one of his officers that he had received phone calls about the case. Prior to

Le droit

Les faits pertinents doivent être examinés en fonction de l'art. 577:

577. (1) Sous réserve du paragraphe (2), un accusé, autre qu'une corporation, doit être présent en cour pendant tout son procès.

(2) La cour peut

a) faire éloigner l'accusé et le faire garder hors de la cour lorsqu'il se conduit mal en interrompant les procédures, au point qu'il serait impossible de les continuer en sa présence,

b) permettre à l'accusé d'être hors de la cour pendant la totalité ou toute partie de son procès, aux conditions qu'elle juge à propos, ou

c) faire éloigner et garder l'accusé hors de la cour pendant l'examen de la question de savoir si l'accusé est, pour cause d'aliénation mentale, incapable de subir son procès, lorsqu'elle est convaincue que l'omission de ce faire pourrait avoir un effet préjudiciable sur l'état de santé mentale de l'accusé.

(3) Un accusé a droit, après que la poursuite a terminé son exposé, de présenter, personnellement ou par avocat, une pleine réponse et défense.

Jusqu'à l'arrêt *Hertrich*, précité, les tribunaux considéraient que le critère applicable à la portée de l'art. 577 était celui énoncé dans l'arrêt *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14 (confirmé par cette Cour, [1966] R.C.S. 399), où le juge Casey affirme, à la p. 17:

[TRADUCTION] Notre problème est de savoir si la Cour a procédé, si elle a fait quelque chose de nature à faire avancer l'affaire, en l'absence de l'appelant. Si ce n'est pas le cas, l'argument de l'appelant doit être rejeté; si c'est le cas, la déclaration de culpabilité doit être annulée.

Dans l'arrêt *R. v. Grimba*, précité, le juge Zuber s'est demandé si les termes [TRADUCTION] «de nature à faire avancer l'affaire» se voulaient définitifs». À mon avis, la réponse est non. La question que se posait le juge Casey convenait au point en litige et aux faits dont il était saisi. Je crois que le critère qu'il faut appliquer est énoncé par le juge Martin dans l'arrêt *Hertrich*, précité.

Dans l'affaire *Hertrich*, où il était aussi question de rencontres avec les jurés, le juge avait été informé par le shérif qu'un juré avait révélé à l'un de ses agents qu'il avait reçu des appels téléphoni-

questioning the jurors in the absence of the accused the judge had met with counsel in his chambers to discuss whether an investigation was necessary, and if so, whether it should be conducted in the presence of the accused. Over objections of counsel for some of the accused, the judge decided that an investigation was necessary and examined the jurors in the presence of counsel, but in the absence of the accused.

In his reasons, Martin J.A., said that the accused's right to be present at his trial means that he has the right "to have direct knowledge of anything that transpires in the course of his trial which could involve his vital interests". This obviously includes (at p. 527):

... proceedings which are part of the normal trial process for determining the guilt or innocence of the accused such as arraignment and plea, the empanelling of the jury, the reception of evidence (including *voir dire* proceedings with respect to the admissibility of evidence), rulings on evidence, arguments of counsel, addresses of counsel to the jury, the judge's charge, including requests by the jury for further instructions, the reception of the verdict and the imposition of sentence if the accused is found guilty.

This would also include "proceedings" conducted by the judge during the trial for the purpose of investigating matters which have occurred outside the trial but which may affect its fairness. This would however exclude events which (at p. 529):

... although in one sense part of the trial, cannot reasonably be considered to be a part of the trial for the purpose of the present principle, because they cannot reasonably be said to have a bearing on the substantive conduct of the trial, or the issue of guilt or innocence.

Applying these principles to the facts of that case, the court found that the in-chambers examination of the jurors was part of the trial. Martin J.A., illustrating what would not be part of the trial said, at p. 539:

... the communication by the deputy sheriff to the judge of the information with respect to the anonymous telephone call, and the preliminary in-chambers conference with counsel to determine the necessity for an

ques concernant l'affaire. Avant d'interroger les jurés en l'absence des accusés, le juge avait fait venir les avocats à son cabinet pour déterminer si une enquête était nécessaire et, le cas échéant, pour savoir si on devait y procéder en présence des accusés. Malgré l'opposition des avocats de certains des accusés, le juge avait décidé qu'une enquête s'imposait et avait interrogé les jurés en présence des avocats mais en l'absence des accusés.

Dans ses motifs, le juge Martin affirme que le droit de l'accusé d'être présent à son procès signifie qu'il a le droit [TRADUCTION] «de prendre directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès qui puisse toucher à ses intérêts vitaux». Ce qui inclut manifestement (à la p. 527):

[TRADUCTION] ... les procédures qui font partie intégrante du processus normal du procès en vue de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, comme l'interpellation et le plaidoyer, la formation du jury, la réception des éléments de preuve (y compris les procédures de voir dire concernant l'admissibilité d'éléments de preuve), les décisions au sujet des éléments de preuve, les plaidoiries des avocats, dont celles au jury, l'exposé du juge au jury, y compris les demandes de directives supplémentaires du jury, le prononcé du verdict et de la sentence si l'accusé est reconnu coupable.

Cela comprendrait aussi les «procédures» menées par le juge au cours du procès aux fins d'enquêter sur des événements qui se sont produits en dehors du procès, mais qui sont susceptibles de le rendre inéquitable. Toutefois, cela exclurait les événements qui (à la p. 529):

[TRADUCTION] ... quoique en un sens font partie du procès, ne peuvent raisonnablement être considérés comme en faisant partie pour les fins du présent principe, parce qu'on ne peut raisonnablement considérer qu'ils ont un effet sur la conduite du procès en soi, ou sur la question de la culpabilité ou de l'innocence.

Appliquant ces principes aux faits de cette affaire, la cour a conclu que l'interrogatoire des jurés en cabinet faisait partie du procès. Le juge Martin, voulant donner un exemple de ce qui n'aurait pas fait partie du procès, dit, à la p. 539:

[TRADUCTION] ... la communication par le shérif adjoint au juge du renseignement au sujet de l'appel téléphonique anonyme, et la conférence préliminaire en cabinet avec les avocats, pour déterminer s'il était néces-

inquiry and the form that it should take clearly did not constitute part of the trial.

The Issue

Is the presence of the accused required when the judge is determining whether there is an issue involving his vital interests, or only as of the moment that that issue having been found to exist is being determined? This is how I see the question to be addressed on the facts of this case and given the judgments below. Indeed, it appears to me that all three judges below agree with the principles and the rules set out in *Hertrich, supra*. L'Heureux-Dubé J.A., in her dissenting reasons, quotes at length the reasons of Martin J.A., including the passage to which I have just referred, where he states that the discussion in-chambers with the sheriff and then with counsel was not part of the trial, and she then emphasized the passage immediately following those comments, where he reformulates the issue to be decided by the Court of Appeal in that case:

Therefore the question resolves itself to this: When it had been decided that an investigation was necessary, did the examination of the jurors under oath constitute part of the trial for the purpose of the rule that the accused is entitled to be present at his trial?

Further on L'Heureux-Dubé J.A. said:

[TRANSLATION] This brings us back to the *crux* of the question. In the *Hertrich* case, Mr. Justice Martin set out in the following manner the question to be decided (at p. 529):

The narrow question presented then by this branch of the appeal is whether an examination of a juror with respect to the effect on him of an anonymous telephone call received by or communicated to him is part of the trial.

In the present case, the parameters of the debate can be delimited as follows:

During the deliberations of the jury, does the examination of a juror form part of the trial when this examination has as its sole purpose the verification of the correctness of suspicions which a juror holds with respect to the impartiality of other members of the jury as evidenced by a note received from this juror by the judge and the effect that these suspicions may have on the ability of the juror to continue deliberations?

saire de procéder à une enquête et la forme qu'elle devrait prendre, ne faisaient clairement pas partie du procès.

La question en litige

La présence de l'accusé est-elle requise lorsque le juge se demande si une question qui met en jeu ses intérêts vitaux se pose, ou n'est-ce qu'au moment où on a conclu que la question se pose et qu'on en débat? Voilà comment je conçois la question qu'il faut aborder, compte tenu des faits de l'espèce et des décisions des instances inférieures. D'ailleurs, il me semble que les trois juges de la Cour d'appel acceptent les principes et les règles énoncés dans l'arrêt *Hertrich*, précité. Le juge L'Heureux-Dubé, dans ses motifs de dissidence, cite longuement les motifs du juge Martin, dont le passage que je viens de mentionner, où il dit que la discussion en cabinet avec le shérif, puis avec les avocats, ne faisait pas partie du procès; puis elle souligne le passage, qui suit immédiatement ces observations, où il reformule la question que devait trancher la Cour d'appel dans cette espèce:

[TRANSLATION] *La question se ramène donc à ceci: Lorsqu'il a été décidé qu'une enquête s'impose, l'interrogatoire des jurés sous serment fait-il partie du procès pour les fins de la règle portant que l'accusé a le droit d'être présent à son procès?*

Plus loin, le juge L'Heureux-Dubé dit:

Ceci nous ramène au *crux* de la question. Dans l'affaire *Hertrich*, M. le juge Martin définit ainsi la question à décider (p. 529):

[TRANSLATION] La question précise que pose donc ce volet de l'appel est de savoir si l'interrogatoire d'un juré portant sur l'effet qu'a pu avoir sur lui un appel téléphonique anonyme, qu'il a reçu ou dont on lui a fait part, fait partie du procès.

Dans notre cas, on pourrait ainsi délimiter les paramètres du débat:

Au cours des délibérations du jury, l'interrogatoire d'un juré fait-il partie du procès lorsque cet interrogatoire a pour unique but de vérifier le bien-fondé des soupçons d'un juré sur l'impartialité d'autres membres du jury suite à une note de ce juré au juge, et l'effet que ces soupçons peuvent avoir sur l'aptitude de ce juré à continuer les délibérations?

Unlike in the *Hertrich* case, in the present case, the facts do not reflect on the impartiality of the jury. The examination revealed no fact whatsoever of a nature capable of influencing the jury, but rather revealed simple gossip among jurors possibly exhausted by the long trial or seized with panic when faced with the difficulty of their task or even simply upset as a result of being subjected to the influence of other jurors in the difficult task of arriving at a unanimous decision. These anxieties are surely not foreign to any jury deliberations. Generally, however, nothing arises out of them. In the present case, two jurors informed the judge of them.

I would note immediately that if the examination carried out by the judge had revealed facts of a nature which might have influenced the impartiality of the jury or, one of the jurors, the situation would surely have been different. The case which the court is presently faced with constitutes somewhat of a preliminary step, the first phase of a process which could have contained several others if facts had been discovered bearing on the vital interests of the accused, their guilt or innocence. If there was no reason to proceed farther in the present case it was because the preliminary step proved sufficient to assure the judge that no fact or incident had occurred having any effect on the result of the trial.

It is by keeping in mind the nature of the communication received from the jurors as well as what was revealed in the examination that the court will proceed to the examination of the jurisprudence with respect to s. 577 of the *Criminal Code*.

L'Heureux-Dubé J.A. equated the trial judge's in-chambers investigation into the partiality of the jurors to the preliminaries conducted by the trial judge in the *Hertrich* case. With respect I cannot agree with L'Heureux-Dubé J.A.'s qualification of what transpired in the trial judge's chambers.

I am of the view that if on the facts of a case it is uncertain whether the accused's vital interests are involved, the judge may, in the absence of the accused, investigate the matter. This would include questioning the jurors and, if the judge determines that these vital interests of the accused are not in issue that ends the matter, subject of course to a record being kept of the proceedings in order to determine whether he erred as regards there being uncertainty of what was in issue at the outset and as regards his final determination of the matter.

Contrairement à l'affaire *Hertrich*, il ne s'agit pas ici de faits pouvant avoir une portée sur l'impartialité du jury. L'interrogatoire n'a révélé aucun fait quelconque de nature à influencer le jury, mais plutôt de simples commérages entre jurés possiblement épuisés par le long procès ou pris de panique devant la difficulté de la tâche ou même tout simplement inquiets de subir l'influence d'autres jurés dans la difficile tâche d'arriver à une décision unanime. Ces angoisses ne sont sûrement pas étrangères à toute délibération d'un jury. Généralement, cependant, rien n'en transpire. Ici, deux jurés en informent le juge.

Je dis tout de suite que si l'interrogatoire auquel a procédé le juge avait révélé des faits de nature à influencer l'impartialité du jury ou de l'un ou l'autre des jurés, la situation serait bien différente. Le cas auquel nous faisons face constitue en quelque sorte l'étape préliminaire, la première phase d'un processus qui aurait pu en contenir plusieurs autres, y eût-il eu découverte de faits ayant une portée sur les intérêts vitaux des accusés, sur leur culpabilité ou sur leur innocence. S'il n'y a pas eu nécessité de procéder plus avant dans notre cas, c'est que l'étape préliminaire s'est avérée suffisante pour assurer qu'aucun fait ne s'était produit ayant une portée sur l'issue du procès.

C'est en gardant à l'esprit la nature de la communication des jurés au juge ainsi que ce qu'ont révélé les interrogatoires qu'il y a lieu d'examiner la jurisprudence au regard des dispositions de l'article 577 C.Cr.

Le juge L'Heureux-Dubé a assimilé l'interrogatoire que le juge du procès a effectué dans son cabinet sur la partialité des jurés, aux préliminaires auxquels a procédé le juge du procès dans l'affaire *Hertrich*. Avec égards, je ne puis souscrire à la qualification par le juge L'Heureux-Dubé de ce qui s'est passé dans le cabinet du juge du procès.

Je suis d'avis que si, d'après les faits d'une espèce, il n'est pas sûr que les intérêts vitaux de l'accusé sont en jeu, le juge peut, en l'absence de l'accusé, enquêter à ce sujet. Cela comprend l'interrogatoire des jurés et, si le juge décide que les intérêts vitaux de l'accusé ne sont pas en jeu, les choses ne vont pas plus loin, sous réserve bien entendu qu'un procès-verbal de la procédure soit dressé afin de pouvoir déterminer s'il s'est trompé quant à l'incertitude de ce qui était en cause au départ et quant à sa décision finale sur le sujet.

This is what occurred in the *Hertrich* case. But as of the moment it appears those vital interests are in issue, the issue must be determined in the presence of the accused.

If the judge had received a note saying: "I must speak to you about something serious and in private", I see nothing wrong with the judge's informing counsel and meeting the juror to find out what the matter is all about. But upon being told by the juror that the integrity of another juror is in doubt, the accused's vital interests are in issue, and the investigation and determination of that issue must be conducted in the presence of the accused.

In this case it is abundantly clear from the written messages that the partiality of jurors was in issue. L'Heureux-Dubé J.A. concluded that this is not so relying in part on what was eventually reported in the transcripts of the exchange between the judge and the jurors in chambers. This analysis, in my respectful view, misses the point. For it is confusing the determination of whether partiality was in issue with the further determination of the issue of partiality. Finding the jurors impartial does not mean that their impartiality was not in issue. It merely means that the issue was determined in favour of their impartiality. The events of this case well illustrate the need for the issue of partiality to be determined in the presence of the accused, specifically when one considers that counsel for the accused argued their motion for a mistrial without knowing what the jurors had to say as regards the partiality of others, not knowing whether the jurors had conveyed to their fellow jurors including the suspects, their suspicions, and not even knowing whether the judge had met with those jurors. I would therefore dismiss the Crown's appeal.

Before addressing the accused's appeal, I think it desirable that something should be added with regard to certain comments made by Owen J.A. in his reasons on the appropriateness of the application of s. 613(1)(b)(iii) to a violation of s. 577. In addressing this question Owen J.A. expressed the view that this Court's decision in the *Meunier* case went too far and he expressed the hope that we do

C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Hertrich*. Mais dès qu'il appert que ces intérêts vitaux sont en jeu, la question doit être tranchée en présence de l'accusé.

^a Si le juge avait reçu une note disant «Je dois vous parler en privé au sujet de quelque chose de sérieux», je ne verrais rien de mal à ce que le juge informe les avocats et rencontre la jurée pour savoir de quoi il s'agit. Mais s'étant fait dire par la jurée que l'intégrité d'un autre juré était douteuse, les intérêts vitaux des accusés sont alors en jeu et tant l'enquête que la résolution de cette question doivent avoir lieu en présence des accusés.

^c En l'espèce, il est parfaitement clair, d'après les messages écrits, que la partialité de certains jurés était en cause. Le juge L'Heureux-Dubé conclut que tel n'est pas le cas en se fondant notamment ^d sur ce que rapporte la transcription des conversations qu'ont eu le juge et les jurées dans son cabinet. Cette analyse, à mon avis, porte à faux car elle confond la question de savoir si la partialité des jurés est mise en question avec celle de savoir si les jurés sont impartiaux ou non. En venir ^e à la conclusion que les jurés sont impartiaux ne veut pas dire que leur impartialité n'a pas été mise en cause. Cela veut simplement dire que cette ^f question a été résolue en faveur de leur impartialité. Les événements de cette affaire illustrent bien la nécessité qu'il y avait de résoudre la question de la partialité en présence des accusés, particulièrement si l'on considère que les avocats des accusés ^g ont plaidé leur requête en avortement de procès sans connaître ce que les jurées avaient à dire au sujet de la partialité des autres, sans savoir si ces jurées avaient communiqué leurs soupçons à leurs collègues jurés, y compris aux suspects, ni même ^h sans savoir si le juge avait rencontré ces jurées. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi de Sa Majesté.

ⁱ Avant d'en venir au pourvoi des accusés, je pense qu'il s'impose d'ajouter quelque chose concernant certaines observations, formulées par le juge Owen dans ses motifs, sur l'opportunité d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) à une violation de l'art. 577. Sur cette question, le juge Owen a exprimé l'avis que l'arrêt *Meunier* de cette Cour allait trop loin et il a dit espérer que nous ferions

as we did in other cases (*R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811) and reconsider *Meunier*. Owen J.A. is not the only one who has expressed such views. The most recent complaint as to the rigidity of the *Meunier* rule as regards the unavailability of s. 613(1)(b)(iii) was expressed by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109. In the case at bar the Crown in her factum also invited us to reconsider our adoption of Casey J.A.'s views in *Meunier*. This issue would be within our reach had the appeal below been dismissed. Indeed, the finding of a violation of s. 577 by this Court for the first time would then have raised, as a question originating in this Court, the question whether the proviso is applicable to such an error of law and afforded us an opportunity to reconsider *Meunier*. Unfortunately, we are precluded from doing so in this case. This is an appeal as of right based on L'Heureux-Dubé J.A.'s dissent. The question of law on which she dissented was not the applicability of s. 613(1)(b)(iii) following a violation of s. 577. Furthermore leave was sought by the Crown on that issue and was denied by a panel of this Court. As a last comment on the matter I should not want it to be taken that, when adopting Martin J.A.'s views in *Hertrich*, the issue of whether the proviso in s. 613(1)(b)(iii) was available, has been inferentially reconsidered and the reasoning in *Meunier* on that point reaffirmed in this case.

The Appeal of the Accused Côté and Vézina

The Facts

The two counts of the indictment we are concerned with here read as follows:

[TRANSLATION] CLAUDE BENLOULOU, GÉRARD VÉZINA and DONALD CÔTÉ, in Montréal, District of Montréal, between October 5, 1973 and October 17, 1973 did unlawfully conspire together and with Charles

ce que nous avons fait dans d'autres affaires (*R. v. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811) et que nous réexaminerions l'arrêt *Meunier*. Le juge Owen n'est pas le seul qui ait exprimé un tel point de vue. La plus récente critique concernant la rigidité de la règle de l'arrêt *Meunier* sur la non-applicabilité du sous-al. 613(1)(b)(iii) a été formulée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans son arrêt *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109. Dans la présente affaire, Sa Majesté nous a aussi invités dans son mémoire à reconsidérer notre adoption du point de vue exprimé par le juge d'appel Casey dans l'arrêt *Meunier*. Nous pourrions statuer sur cette question si l'appel avait été rejeté en seconde instance. En fait, si c'était cette Cour qui avait conclu pour la première fois à une violation de l'art. 577, cela aurait posé, comme question soulevée initialement devant nous, la question de savoir si la réserve s'applique à une telle erreur de droit, et nous aurait fourni la possibilité de réexaminer l'arrêt *Meunier*. Malheureusement, il ne nous est pas permis de le faire en l'espèce. Nous sommes saisis d'un pourvoi de plein droit, fondé sur la dissidence du juge L'Heureux-Dubé. Le point de droit sur lequel elle a exprimé une dissidence n'est pas l'applicabilité du sous-al. 613(1)(b)(iii) suite à une violation de l'art. 577. De plus, Sa Majesté a demandé une autorisation de pourvoi sur ce point et cela lui a été refusé par une formation de cette Cour. Comme dernière observation à ce sujet, je ne voudrais pas que l'on croie que, par l'adoption du point de vue exprimé par le juge Martin dans l'arrêt *Hertrich*, la question de l'applicabilité de la réserve énoncée au sous-al. 613(1)(b)(iii) a été indirectement réexaminée et que les principes énoncés dans l'arrêt *Meunier* ont été réitérés sur ce point dans la présente cause.

Le pourvoi des accusés Côté et Vézina

i Les faits

Voici les deux chefs de l'acte d'accusation qui nous intéressent:

CLAUDE BENLOULOU, GÉRARD VÉZINA, DONALD CÔTÉ à Montréal, district de Montréal, entre le 5 octobre 1973 et le 17 octobre 1973, ont illégalement conspiré ensemble ainsi qu'avec Charles

Dolansky, to commit indictable offences not provided for in paragraphs (a), (b) or (c) of Section 423(1) of the Criminal Code, to wit: to defraud by deceit, lies or other fraudulent means, the Bank of Montréal, 119 St-James St. West, Montréal, of a sum of money of approximately \$975,000, thereby committing an indictable offence as set out in Section 423(1)(d) of the Criminal Code.

On or about October 16, 1973, CLAUDE BENLOULOU, DONALD CÔTÉ and GÉRARD VÉZINA did unlawfully attempt to commit an indictable offence, to wit: defraud by deceit, lies or other fraudulent means, the Bank of Montreal, 119 St-James St. West, Montréal, of a sum of money, approximately \$975,000, thereby committing an indictable offence as set out in Section 421(b) of the Criminal Code.

It was admitted at trial that General Accident Fire and Life Assurance Corporation Limited, hereinafter referred to as GAFLAC, purchased thirty-four Government of Canada bearer bonds. The due date of those bonds was October 1, 1973. They were stolen. The evidence involving the accused in relation to these bonds, as assessed by Malouf J.A. of the Quebec Court of Appeal is as follows:

Testifying for the prosecution, one John Feller stated that he was present at a meeting which took place on the evening of October 11, 1973, between a Montreal businessman, one Charles Dolansky and a Swiss national, Fritz Zueger, who together discussed the encashment of certain bonds in Switzerland. The serial numbers given to Feller by Dolansky turned out to be exactly the same as the serial numbers of the bonds owned by GAFLAC. During the evening of October 12th, Feller, who was at Zueger's apartment in Montreal, received a telephone call from someone identifying himself as Donald who wished to know if he was aware of the conversation which had taken place between Zueger and Dolansky concerning the bonds. The same evening Donald appeared at the apartment wishing to know if Zueger intended to leave immediately for Switzerland. The latter stated that he was unable to leave due to business commitments in Montreal. Donald, later identified by Feller as respondent Donald Côté, was disappointed because the matter was taking too long and he could no longer wait. On Monday, October 15th, Donald placed a second telephone call asking Zueger and Feller to continue their attempts to encash the bonds in Switzerland. It was then that Zueger telephoned a representative of the Neue Bank in Switzerland giving him the numbers of the bonds. The representative of the Neue Bank

Dolansky, pour commettre un acte criminel que ne vise pas l'alinéa a), b) ou c) de l'article 423(1) du code criminel, soit: frustrer par la supercherie, le mensonge ou d'autres moyens dolosifs, la Banque de Montréal, 119 rue St-Jacques ouest, Montréal, d'une somme d'argent d'approximativement \$975 000., commettant par là un acte criminel prévu à l'article 423(1)d) du code criminel.

Le ou vers le 16 octobre 1973, CLAUDE BENLOULOU, DONALD CÔTÉ et GÉRARD VÉZINA, ont illégalement tenté de commettre un acte criminel, soit: frustrer par la supercherie, le mensonge ou d'autres moyens dolosifs la Banque de Montréal, 119 rue St-Jacques Ouest, Montréal, d'une somme d'argent d'approximativement \$975 000. commettant par là un acte criminel prévu à l'article 421b) du code criminel.

Il a été reconnu au procès que General Accident Fire and Life Assurance Corporation Limited, ci-après appelée GAFLAC, avait acheté 34 obligations du gouvernement du Canada, payables au porteur. La date d'échéance de ces obligations était le 1^{er} octobre 1973. Elles ont été volées. Voici quelle est la preuve qui a été réunie contre les accusés relativement à ces obligations d'après le juge Malouf de la Cour d'appel du Québec:

[TRADUCTION] Témoin à charge, un nommé John Feller a déclaré qu'il était présent à une rencontre qui a eu lieu dans la soirée du 11 octobre 1973, à laquelle assistaient un homme d'affaires montréalais, un nommé Charles Dolansky et un ressortissant suisse, Fritz Zueger, lesquels ont parlé d'encasser certaines obligations en Suisse. Les numéros de série que Dolansky a fournis à Feller se sont révélés être exactement les mêmes que ceux des obligations appartenant à GAFLAC. Au cours de la soirée du 12 octobre, Feller, qui se trouvait dans l'appartement de Zueger à Montréal, a reçu un appel téléphonique dont l'auteur, qui prétendait s'appeler Donald, voulait savoir s'il avait eu connaissance de la conversation qui avait eu lieu entre Zueger et Dolansky au sujet des obligations. Dans la même soirée, Donald s'est présenté à l'appartement pour savoir si Zueger comptait partir immédiatement pour la Suisse. Ce dernier a dit qu'il ne pouvait partir à cause d'engagements d'affaires qu'il avait à Montréal. Donald, plus tard identifié par Feller comme étant l'intimé Donald Côté, était déçu car l'affaire prenait trop de temps et il ne pouvait plus attendre. Le lundi 15 octobre, Donald a téléphoné une seconde fois pour demander à Zueger et à Feller de poursuivre leurs tentatives d'encassement des obligations en Suisse. C'est alors que Zueger a téléphoné à un représentant de la Neue Bank

counselled Zueger to deposit the bonds with the Bank of Montreal for the account of the Neue Bank. The following day, Donald Côté was informed of these events and he told Zueger that a carrier, later identified as respondent Vézina, would bring the bonds to the apartment. After receiving the bonds, Feller and Zueger checked the serial numbers with the list of numbers given to them by Dolansky and went to the Bank of Montreal where Feller alone deposited the bonds, receiving a receipt therefor from Simpson, an employee of the bank. Feller says that, on the same day, he and Zueger met respondent Vézina and Benloulou in a room where Dolansky had been hospitalized since October 12th. It was at this meeting that Benloulou informed them that he would be going to Switzerland to obtain the proceeds of the bonds. In the meantime, Simpson told Feller that the Bank of Montreal would not credit Neue Bank with the proceeds of the bonds until it had received the proceeds from the Bank of Canada. As a matter of fact the proceeds were never credited to the Neue Bank because Simpson, in communicating with the Bank of Canada, discovered that they were dealing with stolen bonds.

That same evening, Feller and Zueger were arrested at an airport in Montreal when Simpson identified Feller as the person who had deposited the bonds with the bank.

This summary reflects the facts as described by the trial judge, except as hereinafter explained. Indeed, as regards the accused's relationship with the Bank of Montreal, the trial judge took a different view of the evidence, crucial, in my view, to the disposition of this case. Lamb J. was of the view that when Feller started transactions with the Bank of Montreal, he and his associates already knew that the Bank was not being called upon to disburse any monies but to act solely as a conveyor of the Bank of Canada's money to the Neue Bank.

The Judgments

At the close of the Crown's case, the accused made a motion for a directed verdict, on the ground that there was no evidence supportive of a conspiracy or of an attempt to defraud the Bank of Montreal. All the Bank of Montreal was asked to do, it was argued, was to obtain the money and send it to the Neue Bank in Switzerland. The

en Suisse et lui a donné les numéros des obligations. Le représentant de la Neue Bank a conseillé à Zueger de déposer les obligations à la Banque de Montréal, au compte de la Neue Bank. Le lendemain, Donald Côté a été informé de ces événements et il a dit à Zueger qu'un courrier, plus tard identifié comme étant l'intimé Vézina, apporterait les obligations à l'appartement. Après avoir reçu les obligations, Feller et Zueger ont comparé les numéros de série avec la liste de numéros que leur avait donnée Dolansky et ils se sont rendus à la Banque de Montréal où Feller seul a déposé les obligations, obtenant un reçu de Simpson, un employé de la banque. Feller affirme que, le même jour, lui-même et Zueger ont rencontré les intimés Vézina et Benloulou dans la chambre où Dolansky était hospitalisé depuis le 12 octobre. C'est à cette rencontre que Benloulou les a informés qu'il irait en Suisse chercher l'argent des obligations. Entre temps, Simpson a dit à Feller que la Banque de Montréal ne porterait pas au crédit de la Neue Bank l'argent des obligations tant qu'elle n'aurait pas reçu l'argent de la Banque du Canada. En fait, l'argent ne fut jamais porté au crédit de la Neue Bank parce que Simpson, en communiquant avec la Banque du Canada, a découvert qu'il s'agissait d'obligations volées.

Le même soir, Feller et Zueger ont été arrêtés à un aéroport de Montréal, alors que Simpson identifiait Feller comme celui qui avait déposé les obligations à la banque.

Ce résumé correspond aux faits décrits par le juge du procès, sauf pour ce qui est expliqué ci-après. En effet, en ce qui concerne les rapports des accusés avec la Banque de Montréal, le juge de première instance a une opinion différente de la preuve, opinion cruciale, à mon avis, pour la résolution du litige. Le juge Lamb était d'avis que lorsque Feller a été faire l'opération à la Banque de Montréal, lui et ses associés savaient déjà qu'on demandait non pas à la banque de déboursier de l'argent, mais seulement de transmettre l'argent de la Banque du Canada à la Neue Bank.

Les jugements

Au terme de la présentation de la preuve de la poursuite, les accusés ont adressé une requête en obtention d'un verdict imposé pour le motif qu'aucun élément de preuve ne démontrait l'existence d'un complot ou d'une tentative de frauder la Banque de Montréal. Tout ce qu'on demandait à la Banque de Montréal de faire, soutenait-on, était

Crown sought leave to amend the indictment by deleting reference to the Bank of Montreal. Counsel for the accused objected arguing that no one, except the owner of the bonds, could have been deprived as a result of the conduct of the accused. Not the Neue Bank, because it would pay only once it had received the money; nor the Bank of Montreal as it was only a conveyer of the money from the Bank of Canada to the Neue Bank in Switzerland. The Bank of Canada would incur no loss, as it pays only once for the redemption of its bonds. As for GAFLAC, appellants argued that their loss would be the result of the theft and not of the conduct of the accused.

Lamb J. agreed with the accused that there was no case to put to the jury as regards the Bank of Montreal and accordingly granted a motion for a directed verdict of acquittal. He previously had denied the motion to amend saying that:

[TRANSLATION] There can be no question, at this stage of the proceedings, of an amendment substituting someone else for the Bank of Montreal. This would cause serious hardship to the accused.

He then went on to add that there could be no other victim:

[TRANSLATION] In any case, so far as the Neue Bank is concerned, the evidence shows that even if the latter had paid the \$975,000 in Zurich it would have lost nothing, because it would already have received from the Bank of Canada \$975,000 from the redemption of these bearer bonds, through the intermediary of the Neue Bank, namely the Bank of Montreal.

In redeeming the bonds the Bank of Canada would simply be paying its own debt, because according to Mr. Pritchard's testimony it is required to pay the bearer of the bonds, whoever that may be, except of course where to the Bank of Canada's knowledge the bearer has stolen the bonds.

The real victim, the real loser according to the evidence appears to have been the person who paid for the bonds: however, his loss also appears to have been the result not of the alleged conspiracy against the accused

d'obtenir l'argent et de l'envoyer à la Neue Bank en Suisse. Sa Majesté a demandé l'autorisation de modifier l'acte d'accusation en supprimant toute référence à la Banque de Montréal. Les avocats des accusés s'y sont opposés en soutenant que personne, si ce n'est le propriétaire des obligations, ne pouvait être lésé par la conduite des accusés. La Neue Bank ne l'aurait pas été, car elle n'aurait payé qu'après avoir reçu l'argent; il en était de même pour la Banque de Montréal, puisqu'elle n'aurait fait que transmettre l'argent de la Banque du Canada à la Neue Bank en Suisse. La Banque du Canada n'aurait subi aucune perte, puisqu'elle ne paye qu'une fois l'encaissement de ses obligations. Quant à GAFLAC, les appelants ont soutenu que la perte qu'elle avait subie résultait du vol et non de la conduite des accusés.

d Le juge Lamb a convenu avec les accusés qu'il n'y avait pas de preuve dont on pouvait saisir le jury en ce qui concernait la Banque de Montréal et il a donc accueilli la requête pour verdict imposé d'acquiescement. Auparavant, il avait rejeté la requête en modification en affirmant ceci:

e Il ne peut y avoir aucune question à ce stade du procès d'un amendement afin de substituer quelqu'un d'autre pour la banque de Montréal. Ceci causerait un préjudice grave aux accusés.

f Il a alors poursuivi en ajoutant qu'il ne pouvait y avoir d'autre victime:

g À tout événement, quant à la Neue Bank, la preuve révèle que même si cette dernière avait payé les neuf cent soixante-quinze mille dollars (\$975,000.00) à Zurich, elle n'aurait été privée de rien, parce qu'elle aurait déjà reçu de la banque du Canada l'argent du montant de neuf cent soixante-quinze mille dollars (\$975,000.00) provenant du rachat de ces obligations au porteur, et ce par l'entremise de l'agent de la Neue Bank, soit la banque de Montréal.

h La banque du Canada en rachetant les obligations ne paierait que sa propre dette, parce qu'elle est obligée de payer le porteur des obligations, n'importe qui, selon le témoignage de Monsieur Pritchard, exception faite évidemment du cas où le porteur serait un voleur des obligations à la connaissance de la banque du Canada.

i La vraie victime, la vraie perdante selon la preuve semble avoir été celui qui avait payé pour les obligations. Mais sa perte semble également avoir été le résultat non pas du complot allégué contre les accusés

but of the theft of the bonds on or before October 5, 1973, a crime with which the accused were not charged.

In summary, with respect to the second count, there is no evidence before the jury which would permit them to find the accused guilty. As a result, the defence motions brought on behalf of each of the three accused for a directed verdict of acquittal are manifestly well founded.

It is perhaps worth adding that there is at least a serious doubt as to the prosecution evidence on the other essential component of this count in the indictment, namely the deceit, falsehood or other fraudulent means by which the accused intended to defraud the Bank of Montreal, according to the wording of this count.

However, in view of the aforementioned conclusions regarding the total absence of any evidence of fraud, it is not necessary for the Court to rule on this additional point.

Lamb J. therefore refused the motion to amend on two grounds: because of irreparable prejudice to the accused and, though expressed in different terms, because there was, on the facts tendered in evidence by the Crown, to use the words of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, at p. 1182, no case establishing a "risk of prejudice to the economic interests" of anyone, except GAFLAC. As regards GAFLAC, I should underline in passing, without further comment, the fact that the Crown chose not to charge the accused with conspiracy or an attempt to steal (by a trick) from GAFLAC the sum of \$975,000.

On appeal, all three judges agreed, albeit for varying reasons, that Lamb J. erred in granting the directed verdicts.

Owen and L'Heureux-Dubé JJ.A. were both of the opinion that, as proof as to the identity of the victim of any conspiracy to defraud or of an attempted fraud is not essential, naming the Bank of Montreal in the indictment was surplusage. L'Heureux-Dubé J.A. also added that the Bank of Canada would have been defrauded had matters been successfully completed. Malouf J.A. took the view that whilst the banks would not have been deprived, the owner would have, and that the

mais plutôt du vol des obligations, le ou avant le 5 octobre 1973, crime qui n'est pas imputé aux trois (3) accusés.

En somme, quant à ce deuxième chef, il n'y a aucune preuve devant le jury qui puisse leur permettre de déclarer les accusés coupables. Par conséquent, les motions de la Défense de la part de chacun des trois (3) accusés pour un verdict dirigé d'acquiescement sont manifestement bien fondées.

Il sera peut-être utile d'ajouter qu'il y a au moins un doute sérieux quant à la preuve de la Couronne au sujet de l'autre élément essentiel de ce chef d'accusation, soit la supercherie, le mensonge ou d'autres moyens dolosifs par lesquels les accusés avaient l'intention de frustrer la banque de Montréal, selon le texte de ce chef.

Cependant, vu les conclusions déjà précitées quant à l'absence totale de preuve de fraude, ce n'est pas nécessaire que le Tribunal se prononce sur ce point additionnel.

Le juge Lamb a donc rejeté la requête en modification pour deux motifs: à cause du préjudice irréparable causé aux accusés et, bien qu'il se soit exprimé en des termes différents, parce qu'il n'y avait, d'après les faits que Sa Majesté avait soumis en preuve, pour reprendre les termes du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, à la p. 1182, aucune preuve démontrant l'existence d'un «risque de préjudice à [l'] égard [des intérêts pécuniaires]» de quiconque, si ce n'est de GAFLAC. Quant à GAFLAC, je dois souligner en passant, sans plus de commentaires, que la poursuite n'a pas choisi d'inculper les accusés de complot ni de tentative de voler (par supercherie) à GAFLAC la somme de 975 000 \$.

En appel, les trois juges ont convenu, quoique pour des motifs différents, que le juge Lamb avait eu tort d'accorder les verdicts imposés.

Les juges Owen et L'Heureux-Dubé ont tous deux exprimé l'avis que, comme la preuve de l'identité de la victime d'un complot de fraude ou d'une tentative de fraude n'est pas essentielle, nommer la Banque de Montréal dans l'acte d'accusation était superfétatoire. Le juge L'Heureux-Dubé a aussi ajouté que la Banque du Canada aurait été fraudée si l'affaire avait réussi. Le juge Malouf a émis l'opinion que si les banques n'avaient pas été lésées, le propriétaire lui l'aurait

person deprived need not be the person deceived. As for the prejudice caused to the accused by the counts specifying the wrong victim, Malouf J.A., the only justice in appeal to address that other ground upon which Lamb J. rested his decision to deny leave to amend the indictment, said:

In the present instance, the first count, that of illegal possession, contains the name of the owner of the bonds as well as the name of the person having a special interest therein. The proof reveals that the bonds referred to in counts 2 and 3 are the same bonds referred to in count 1. The fact that counts 2 and 3 do not mention the name of the owner of the bonds is not, in my opinion, fatal in the present instance for the reasons just given. Accused were fully aware of the transaction complained of, knew that GAFLAC was the owner of the bonds, and that Girard Trust Bank had a special interest therein. These facts were placed before the jury during the trial. Accused therefore had sufficient details to appreciate the nature and quality of the transaction complained of.

In my respectful view Lamb J. erred as regards both of the grounds upon which he rested his decision to refuse the amendment and grant the motion for directed verdict.

The Law

The two concerns with fraud are dishonesty and deprivation. "The element of deprivation is satisfied on proof of detriment, prejudice, or risk of prejudice to the economic interests of the victim. It is not essential that there be actual economic loss as to the outcome of the fraud" (*per* Dickson J., as he then was, in *R. v. Olan, supra*, at p. 1182).

Fraud consists of being dishonest for the purpose of obtaining an advantage and which results in prejudice or a risk of prejudice to someone's "property, money or valuable security". There is no need to target a victim to commit fraud, and the victim may not be ascertained.

As regards the second ground upon which Lamb J. rested his decision, namely, the lack of any

été, et qu'il n'est pas nécessaire que la personne lésée soit la personne trompée. Quant au préjudice causé aux accusés par les chefs d'accusation identifiant la mauvaise victime, voici ce qu'affirme le juge Malouf, le seul juge de la Cour d'appel qui ait examiné cet autre moyen sur lequel le juge Lamb avait fondé sa décision de refuser l'autorisation de modifier l'acte d'accusation:

[TRADUCTION] En la présente instance, le premier chef, celui de la possession illégale, donne le nom du propriétaire des obligations ainsi que le nom de la personne qui a un intérêt spécial dans ces obligations. La preuve révèle que les obligations, dont il est fait mention dans les deuxième et troisième chefs, sont les mêmes obligations que celles mentionnées dans le premier chef. À mon avis, l'absence du nom du propriétaire des obligations dans les deuxième et troisième chefs n'est pas irrémédiable en la présente instance, pour les raisons qui viennent d'être données. Les accusés savaient parfaitement de quelle transaction on se plaignait, que GAFLAC était propriétaire des obligations et que Girard Trust Bank avait un intérêt spécial dans ces obligations. Ces faits ont été exposés au jury au cours du procès. Les accusés disposaient de suffisamment de détails pour apprécier la nature et la qualité de la transaction dont on se plaignait.

À mon avis, le juge Lamb a commis une erreur en ce qui concerne les deux fondements de sa décision de refuser la modification et d'accorder la requête pour verdict imposé.

Le droit

Les deux éléments de la fraude sont la malhonnêteté et la privation. «On établit la privation si l'on prouve que les intérêts pécuniaires de la victime ont subi un dommage ou un préjudice ou qu'il y a risque de préjudice à leur égard. Il n'est pas essentiel que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle» (le juge Dickson, maintenant Juge en chef, dans *R. c. Olan, précité*, à la p. 1182).

La fraude consiste à être malhonnête pour obtenir un avantage, entraînant un préjudice ou risque de préjudice au «bien, argent ou valeur» de quelqu'un. Il n'est pas nécessaire de viser une victime pour commettre une fraude et la victime peut ne pas être certaine.

Quant au second motif sur lequel le juge Lamb fonde sa décision, savoir l'absence de complot en

conspiracy to defraud or an attempt to defraud, I cannot agree. To begin with, the fact that the accused conspired to obtain money from the Swiss Bank and commenced the execution of the scheme by contacting the Bank in Switzerland is, in my opinion, sufficient evidence of a possible victim other than the Bank of Montreal. The fact that the victim would have been deprived in Switzerland, is, under the circumstances of this case, of no effect on the Canadian courts' jurisdiction to try the matter, for the reasons given by this Court in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178.

In any event, clearly there was evidence of an attempt to defraud someone in the amount of \$975,000. Had the Crown not undertaken to ascertain a victim and then further undertaken to prove that the Bank of Montreal was the target of the accused, Lamb J. would have been wrong in granting the motion for a directed verdict.

But the Crown did make those undertakings, and therefore two questions need to be addressed: Did the conduct of the accused amount to a conspiracy or an attempt to defraud the Bank of Montreal? If so, then Lamb J. was wrong in granting the motion for a directed verdict. If not, then one must address the consequences of a failure to prove that target, which leads us to Lamb J.'s first ground for a directed verdict of acquittal, irreparable prejudice to the accused.

First question: Was there evidence to go to the jury as to whether the accused conspired or attempted to defraud the Bank of Montreal?

Hiding the fact from the Bank of Montreal that the bonds were stolen and representing one's self as the lawful holder of the bonds amply satisfies the requirement of dishonesty. As regards deprivation, had the accused conspired and attempted to obtain from the Bank of Montreal \$975,000 of its money in exchange for the bonds they would have intended that the Bank be induced into parting with \$975,000 of its money in cash and be left with only title to cash. That the Bank of Montreal

vue de frauder ou de tentative de fraude, je ne puis l'accepter. Tout d'abord, le fait que les accusés aient comploté pour obtenir de l'argent de la banque suisse et qu'ils aient commencé à mettre à exécution ce plan en communiquant avec la banque en Suisse constitue, à mon avis, une preuve suffisante de l'existence d'une victime possible autre que la Banque de Montréal. Le fait que la victime aurait été lésée en Suisse n'a, dans les circonstances de l'espèce, aucun effet sur la compétence des tribunaux canadiens pour instruire l'affaire, et ce, pour les raisons données par cette Cour dans l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178.

Quoi qu'il en soit, il y avait nettement une preuve de tentative de frauder quelqu'un d'un montant de 975 000 \$. Si Sa Majesté n'avait pas entrepris d'établir l'existence d'une victime précise et de prouver en plus que la Banque de Montréal était la cible des accusés, le juge Lamb aurait eu tort de faire droit à la requête de verdict imposé.

Mais comme c'est effectivement ce que Sa Majesté a fait, il faut donc se pencher sur deux questions: la conduite des accusés équivaut-elle à un complot ou à une tentative de frauder la Banque de Montréal? Si oui, le juge Lamb a eu tort de faire droit à la requête pour verdict imposé. Si non, il faut alors se pencher sur les conséquences du défaut d'avoir prouvé cette cible, ce qui nous amène à la première raison pour laquelle le juge Lamb a ordonné un verdict imposé d'acquiescement, le préjudice irréparable causé aux accusés.

La première question: y avait-il des éléments de preuve à soumettre au jury sur le point de savoir si les accusés ont comploté pour frauder la Banque de Montréal ou ont tenté de le faire?

Cacher à la Banque de Montréal le fait qu'il s'agissait d'obligations volées et se faire passer pour le détenteur légitime des obligations satisfait amplement à l'exigence de malhonnêteté. Quant à la privation, si les accusés avaient comploté et tenté d'obtenir de la Banque de Montréal 975 000 \$, à même ses fonds, en échange des obligations, ils auraient eu l'intention d'amener la banque à se départir de 975 000 \$ comptant, à même ses fonds, et à ne conserver qu'un titre

would be reimbursed by the Bank of Canada and would not lose the amount would, in my respectful view, be irrelevant as regards the potential economic detriment. An exchange of money for title to money which would not have taken place but for the dishonest conduct on the part of the accused is prejudicial. The patrimony of the bearer of money is surely in a better position than that of one who holds stolen bonds even if a holder in good faith. Good faith may be questioned and payment delayed. There would therefore have been, on those facts, as it appeared that Malouf J.A. perceived them to be, a case to put to the jury as regards the Bank of Montreal. But according to the trial judge this is not what happened nor what was attempted. At the outset, the accused wanted to cash the bonds with the Neue Bank before the theft of the bonds was discovered and reported to the Bank of Canada. This first attempt did not succeed, because the Swiss Bank referred them to the Bank of Montreal. The idea was then to get the Bank of Montreal, by not telling them that the bonds were stolen, to cash the bonds with the Bank of Canada, and then send the money to the Swiss Bank. They were not asking the Bank of Montreal to disburse any money for the bonds. The Bank was induced through deceit into becoming, albeit innocently, instrumental to a fraudulent scheme.

As wide as the notion of deprivation may be, I do not see it as encompassing the kind of prejudice to the Bank of Montreal that that Bank could have incurred. Any deprivation to the Bank of Montreal would be speculative and too remote.

This Court's reference in *Olan, supra*, to "risk of prejudice" must be understood in the light of the facts of that case and as meaning that, for there to be a deprivation, it is not "essential that there be actual economic loss". In *Olan*, the victim departed with money in exchange for title, indeed very good title to money. Prior to the deceit the victim had ownership and possession of money. As a result of the deceit the victim was left with ownership and title thereto and had lost possession of the money. The victim's patrimony was minus

donnant droit à de l'argent comptant. Que la Banque de Montréal soit remboursée par la Banque du Canada et ne perde pas cette somme, serait, à mon avis, sans importance en ce qui concerne la possibilité de subir un préjudice économique. L'échange de l'argent contre le titre donnant droit à cet argent, qui n'aurait pas eu lieu n'eût été la conduite malhonnête des accusés, est préjudiciable. Le patrimoine de celui qui possède l'argent est certainement en meilleur état que celui du détenteur d'obligations volées, même si ce dernier est de bonne foi. La bonne foi peut être mise en doute et le paiement retardé. Il y aurait donc eu, d'après ces faits tels que le juge Malouf paraît les avoir perçus, une preuve à soumettre au jury en ce qui concerne la Banque de Montréal. Mais, d'après le juge du procès, ce n'est ni ce qui s'est passé ni ce qu'on a tenté de faire. Au départ, les accusés voulaient encaisser les obligations à la Neue Bank, avant que le vol de celles-ci ne soit découvert et signalé à la Banque du Canada. La première tentative a échoué parce que la banque suisse les a renvoyés à la Banque de Montréal. Il s'agissait donc d'amener la Banque de Montréal, en lui cachant que les obligations avaient été volées, à encaisser les obligations auprès de la Banque du Canada, puis à envoyer l'argent à la banque suisse. On ne demandait pas à la Banque de Montréal de déboursier de l'argent pour les obligations. La banque a été amenée par la supercherie à participer, quoique innocemment, à une opération frauduleuse.

Aussi large que puisse être la notion de privation, je ne crois pas qu'elle englobe le genre de préjudice qui aurait pu être causé à la Banque de Montréal. Tout préjudice causé à cette dernière reste hypothétique et trop lointain.

Lorsque cette Cour parle de «risque de préjudice» dans l'arrêt *Olan*, précité, il faut interpréter cette mention à la lumière des faits de cette affaire-là et dans le sens que, pour qu'il y ait une privation, il n'est pas «essentiel [qu'il y ait] une perte pécuniaire réelle». Dans l'affaire *Olan*, la victime a versé de l'argent pour obtenir un titre, d'ailleurs un excellent titre pour le montant. Avant la supercherie, la victime possédait l'argent comptant. À cause de la supercherie, la victime restait avec un titre et s'était départie de l'argent. Le

possession of the money, the cash, and left with only title. That is deprivation.

Applying the principles set out in *Olan* to the facts of this case I find that there was evidence to go to the jury that the appellants attempted to defraud the Bank of Canada of \$975,000 irrespective of the fact that ultimately the Bank would not be out of that amount. The Bank held the money with the understanding that it would pay that amount under certain conditions to the lawful bearer of the bonds. It would, had the scheme succeeded, have through deceit parted with that amount and have been put to some identifiable risk of economic prejudice. The element of deprivation would have been met.

But as regards the Bank of Montreal there is no such identifiable risk of economic prejudice. The Bank of Montreal was not being asked to part with anything it owned, possessed or had any special interest in.

Reference to decisions in other jurisdictions under the common law of fraud or to English cases under their *Larceny Act*, 1861, and 1916, or their *Theft Act*, 1968, and 1978, must be read keeping in mind the fact that s. 338 of our *Code* is different. While I agree with the oft quoted statement in *R. v. Wines* (1953), 37 Cr. App. Rep. 197 at p. 199 that "deceit is, by falsehood, to induce a state of mind" and that "to defraud is, by deceit, to induce a course of action", we must keep in mind that in Canada s. 338 of the *Criminal Code* reads on to say that that course of action must be in the nature of depriving someone of "property, money or valuable security".

In Scotland it has been found, in *Adcock v. Archibald*, [1925] J.C. 58, that under the common law, "any definite, practical result achieved by the fraud is enough" (*per* Lord Justice-General Clyde, at p. 61), and that "The essence of the offence consists in inducing the person who is defrauded either to take some article he would not otherwise have taken, or to do some act he would not otherwise have done, or to become the medium of some unlawful act" (*per* Lord Hunter, at p. 61). That

patrimoine de la victime était amputé des liquidités et n'avait plus que le titre. C'est une privation.

Si on applique les principes énoncés dans l'arrêt *Olan* aux faits de l'espèce, j'estime qu'il existait des preuves à soumettre au jury portant que les appelants avaient tenté de frauder la Banque du Canada de 975 000 \$, même si en définitive la banque ne perdait pas ce montant. La banque détenait les fonds étant entendu qu'elle verserait le montant à certaines conditions au détenteur légitime des obligations. Si le plan avait réussi, elle se serait, à cause de la supercherie, départie de ce montant et aurait été susceptible de subir des risques identifiables de préjudice pécuniaire. L'élément de privation aurait existé.

Par contre, pour la Banque de Montréal, il n'existait pas de risque identifiable de préjudice pécuniaire. On ne lui demandait pas de se départir de quoi que ce soit qui lui appartenait, qu'elle possédait ou sur lequel elle avait un droit spécial.

La mention de décisions d'autres ressorts en vertu du droit de la fraude en *common law* ou des affaires anglaises en vertu de la *Larceny Act*, 1861, et 1916, ou de la *Theft Act*, 1968 et 1978, doit être examinée en gardant à l'esprit le fait que l'art. 338 de notre *Code* est différent. Bien que je sois d'accord avec l'extrait souvent cité de *R. v. Wines* (1953), 37 Cr. App. Rep. 197 à la p. 199 que [TRADUCTION] «la supercherie consiste à amener, par le mensonge, un état d'esprit» et que [TRADUCTION] «frauder consiste à amener, par la supercherie, une action», nous devons garder à l'esprit qu'au Canada l'art. 338 du *Code criminel* ajoute que l'action doit être telle qu'elle soit de nature à priver quelqu'un de «bien, argent ou valeur».

En Écosse, il a été décidé dans l'arrêt *Adcock v. Archibald*, [1925] J.C. 58, qu'en *common law* [TRADUCTION] «tout résultat précis et pratique atteint par la fraude suffit» (le lord juge général Clyde, à la p. 61) et que [TRADUCTION] «L'essence de l'infraction consiste à amener la personne objet de la fraude à prendre une chose qu'elle n'aurait pas prise autrement ou à faire quelque chose qu'elle n'aurait pas fait autrement ou à devenir l'intermédiaire d'un acte illégal» (lord

wide notion of fraud has met with resistance in that jurisdiction (see Gordon, G. H., *The Criminal Law of Scotland* (2nd ed. 1978), at p. 603). Clearly that cannot be the law in Canada under our s. 338. I therefore agree with Lamb J. and Malouf J.A. that there was no case as regards the Bank of Montreal.

The second question: Should Lamb J. have granted the motion to amend, or should he simply have disregarded this specification of the victim and the Crown's failure to prove that the Bank of Montreal was the potential victim?

Owen and L'Heureux-Dubé J.J.A. rested their decision on the "surplusage rule". I agree with them that specifying the Bank of Montreal in the charge was unnecessary and surplusage. The Crown, invoking ss. 512(c) and 515 of the *Code*, argues that because there was no need to establish the identity of the victim the reference to the Bank of Montreal was surplusage and should not have had any bearing on the issue of this case.

Sections 512(c) and 515 of the *Code* read as follows:

512. No count in an indictment is insufficient by reason of the absence of details where, in the opinion of the court, the count otherwise fulfils the requirements of section 510 and, without restricting the generality of the foregoing, no count in an indictment is insufficient by reason only that

(c) it charges an intent to defraud without naming or describing the person whom it was intended to defraud,

515. No count that alleges false pretences, fraud or an attempt or conspiracy by fraudulent means, is insufficient by reason only that it does not set out in detail the nature of the false pretence, fraud or fraudulent means.

The "surplusage rule", which has been developed by the courts over a great many years, is succinctly stated as follows, in Ewaschuk, *Criminal Pleadings and Practice in Canada* (1983), at pp. 222-23:

Hunter, à la p. 61). Cette notion large de la fraude a reçu de la résistance dans ce ressort là (voir Gordon, G. H., *The Criminal Law of Scotland* (2nd ed. 1978), à la p. 603). Il est clair que ce ne peut être le droit au Canada en vertu de notre art. 338. Je suis donc d'accord avec le juge Lamb et le juge Malouf pour dire qu'il n'y avait pas de preuve à l'égard de la Banque de Montréal.

La seconde question: le juge Lamb aurait-il dû accorder la requête en modification ou aurait-il simplement dû ignorer cette mention de la victime et l'omission de Sa Majesté de prouver que la Banque de Montréal était la victime potentielle?

Les juges Owen et L'Heureux-Dubé ont fondé leur décision sur la règle du «superfétatoire». Je suis d'accord avec eux pour dire que la mention précise de la Banque de Montréal dans l'accusation était inutile et superfétatoire. Sa Majesté, invoquant l'al. 512(c) et l'art. 515 du *Code*, soutient que, parce qu'il n'était pas nécessaire d'établir l'identité de la victime, la mention de la Banque de Montréal était superfétatoire et ne saurait avoir aucun effet sur l'issue de la présente affaire.

Voici le texte de l'al. 512(c) et de l'art. 515 du *Code*:

512. Aucun chef dans un acte d'accusation n'est insuffisant en raison de l'absence de détails lorsque, d'après la cour, le chef d'accusation répond autrement aux exigences de l'article 510 et, sans restreindre la généralité de ce qui précède, nul chef d'accusation dans un acte d'accusation n'est insuffisant du seul fait

c) qu'il impute une intention de frauder sans nommer ou décrire la personne qu'on avait l'intention de frauder,

515. Aucun chef d'accusation qui allègue un faux-semblant, une fraude, ou une tentative ou un complot par des moyens frauduleux, n'est insuffisant du seul fait qu'il n'expose pas en détail la nature du faux-semblant, de la fraude ou des moyens frauduleux.

La règle du «superfétatoire», que les tribunaux ont dégagée au cours des ans, est succinctement exposée dans Ewaschuk, *Criminal Pleadings and Practice in Canada* (1983), aux pp. 222 et 223:

If the particular, whether as originally drafted or as subsequently supplied, is not essential to constitute the offence, it will be treated as surplusage, *i.e.*, a non-necessary which need not be proved.

This common law rule is, in effect, the converse of s. 510(3) of the *Criminal Code*, which states:

510. . . .

(3) A count shall contain sufficient detail of the circumstances of the alleged offence to give to the accused reasonable information with respect to the act or omission to be proved against him and to identify the transaction referred to, but otherwise the absence of insufficiency of details does not vitiate the count.

Both the "surplusage rule" and s. 510(3) (and its predecessors) are responses to the extreme formality of the 18th and 19th century law of criminal procedure. At that time, "at common law, every material fact, that is every fact which formed an ingredient in the offence, had to be alleged to be done at a particular place and time" (Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 1, at p. 281). Defects or omissions in the indictment were generally fatal, as "the slightest inexactitude in the wording was capable of invalidating the indictment" (Radzinowicz, *A History of English Criminal Law* (1948), vol. 1, at p. 98).

Although the rules concerning indictments came to be described as an "extraordinary and irrational set of rules" (Holdsworth, *A History of English Law* (5th ed. 1942), vol. 3, p. 618), their purpose, it seems, was to alleviate the excessive harshness of the early criminal law. As Stephen has indicated (*op. cit.*, at p. 284):

I do not think that anything has tended more strongly to bring the law into discredit than the importance attached to such technicalities as these . . . Such scandals do not seem, however, to have been unpopular. Indeed, I have some doubt whether they were not popular, as they did mitigate, though in an irrational, capricious manner, the excessive severity of the old criminal law.

[TRADUCTION] Si les détails, indiqués initialement ou fournis subséquemment, ne sont pas essentiels à la constitution de l'infraction, ils seront considérés comme superfétatoires, c.-à-d. comme un élément non essentiel qui n'a pas à être prouvé.

Cette règle de *common law* est, en fait, l'inverse du par. 510(3) du *Code criminel*, qui porte:

510. . . .

(3) Un chef d'accusation doit contenir, à l'égard des circonstances de l'infraction alléguée, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement le prévenu sur l'acte ou omission à prouver contre lui, et pour identifier l'affaire mentionnée, mais autrement l'absence ou insuffisance de détails ne vicie pas le chef d'accusation.

Tant la règle du «superfétatoire» que le par. 510(3) (et ceux qui l'ont précédé) se veulent une réponse au formalisme excessif des règles de procédure en matière criminelle des XVIII^e et XIX^e siècles. À cette époque, [TRADUCTION] «en *common law*, il fallait alléguer que chaque fait important, c.-à-d. chaque fait qui constituait un élément de l'infraction, avait été commis en tel lieu et à tel moment» (Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 1, à la p. 281). Les vices ou omissions de l'acte d'accusation étaient généralement irrémédiables, vu que [TRADUCTION] «la plus petite inexactitude dans la formulation était susceptible d'invalider l'acte d'accusation» (Radzinowicz, *A History of English Criminal Law* (1948), vol. 1, à la p. 98).

Bien que les règles applicables aux actes d'accusation aient fini par être décrites comme étant [TRADUCTION] «un ensemble extraordinaire et irrationnel de règles» (Holdsworth, *A History of English Law* (5th ed. 1942), vol. 3, p. 618), elles avaient pour objet, semble-t-il, d'atténuer la rigueur excessive de l'ancien droit criminel. Comme Stephen l'a indiqué (*op. cit.*, à la p. 284):

[TRADUCTION] Je pense que rien n'a plus contribué à jeter le discrédit sur le droit que l'importance attachée à des formalités comme celles-ci . . . De tels scandales ne semblent pas toutefois avoir été impopulaires. Et même, je me demande s'ils n'étaient pas populaires, car ils ont adouci, quoique de façon irrationnelle et capricieuse, la sévérité excessive de l'ancien droit criminel.

With the abrogation of the great majority of the capital statutes in the 19th century, however, much of the rationale for the formality and strict adherence to the wording of the indictment disappeared. Consequently, the legislators and the courts sought to relax a number of the rules concerning indictments of the courts were empowered to amend defective indictments (see Stephen, *op. cit.*, at p. 285, and Radzinowicz, *op. cit.*, at p. 103).

The "surplusage rule", s. 510(3) of the *Code*, as well as s. 529, are thus designed to overcome the excessive technicalities of the former procedures and to require the accused to meet the intrinsic merits of the accusation. All three are interrelated. Section 510(3) deals with the issue of insufficient detail, the "surplusage rule" deals with additional unnecessary detail and s. 529 empowers the courts to amend defective indictments.

However, all three rules are, in my view, subject to the proviso that the accused not be prejudiced in his or her defence. Section 529(4) explicitly states that:

529. . . .

(4) The court shall, in considering whether or not an amendment should be made, consider

(d) whether the accused has been misled or prejudiced in his defence by a variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3), and

(e) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.

Section 510(3) states that a count shall provide "reasonable information" to the accused. These terms must be understood as requiring, at a minimum, sufficient information so as not to prejudice the accused in his or her defence. In *R. v. Adduono* (1940), 73 C.C.C. 152, Masten J.A., on behalf of the Court of Appeal of Ontario, wrote at p. 155:

My study of the existing provisions of the *Code* (ss. 853 and following, and including s. 908) [Note: s. 853

Toutefois, avec l'abrogation de la grande majorité des lois portant peine capitale au XIX^e siècle, une bonne partie de la raison d'être de ce formalisme et de cet attachement strict au texte de l'acte d'accusation a disparu. En conséquence, les législateurs et les tribunaux ont cherché à assouplir un certain nombre de règles applicables aux actes d'accusation et les tribunaux ont reçu le pouvoir de modifier les actes d'accusation entachés d'un vice (voir Stephen, *op. cit.*, à la p. 285, et Radzinowicz, *op. cit.*, à la p. 103).

La règle du «superfétatoire», le par. 510(3) du *Code*, ainsi que l'art. 529, sont donc conçus pour faire disparaître le formalisme excessif de l'ancienne procédure et pour obliger l'accusé à réfuter le fond même de l'accusation. Ils sont tous trois intimement liés. Le paragraphe 510(3) traite de l'insuffisance de détails, la règle du «superfétatoire» traite de détails supplémentaires inutiles et l'art. 529 autorise les tribunaux à modifier les actes d'accusation entachés d'un vice.

Cependant, toutes ces trois règles sont, à mon avis, sujettes à la condition que l'accusé ne subisse pas de préjudice dans sa défense. Le paragraphe 529(4) prévoit expressément que:

529. . . .

(4) La cour doit, en considérant si une modification devrait ou ne devrait pas être faite, examiner

d) la question de savoir si l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3), et

e) la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise.

Le paragraphe 510(3) prévoit qu'un chef d'accusation doit «renseigner raisonnablement» le prévenu. Ces termes doivent être interprétés comme exigeant, au moins, suffisamment de renseignements pour que l'accusé ne subisse pas de préjudice dans sa défense. À la p. 155 de l'arrêt *R. v. Adduono* (1940), 73 C.C.C. 152, le juge Masten écrit, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario:

[TRADUCTION] Mon étude des dispositions existantes du *Code* (les art. 853 et suivants, y compris l'art. 908)

was the predecessor of s. 510(3)] leads me to the view that their spirit and purpose is to secure to the accused, when preparing for trial such exact and reasonable information respecting the charge against him as will enable him to establish fully his defence. At the same time these sections are directed to a second purpose, namely, to nullify the old procedure with the purpose of ameliorating its extreme technicality and facilitating the administration of justice in accordance with the very right of the case.

(Emphasis added.)

Similarly, in *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188, Rinfret J. analysed s. 852 of the *Code* (the forerunner of s. 510(1)) and stated, at p. 194, that one of the main objects of the legislation was "that the accused may have a fair trial and consequently that the indictment shall, in itself, identify with reasonable precision the act or acts with which he is charged, in order that he may be advised of the particular offence alleged against him and prepare his defence accordingly".

Section 510(3), when viewed in the light of s. 510(1) and the cases interpreting these sections, is thus subject to a proviso similar to that expressed in s. 529(4), namely, that the count must contain sufficient information to allow the accused to "establish fully" his or her defence and consequently have a fair trial. Indeed, to hold otherwise would be to nullify the very purpose of a written accusation of crime.

Similarly, "the surplusage rule", which, as noted above, is the converse of s. 510(3), must also be seen as subject to the proviso that the accused not be prejudiced in his or her defence. In *R. v. Elliott*, [1976] 4 W.W.R. 285, McIntyre J.A. (as he then was) stated at p. 289:

It is clear in my view that where the Crown gives material particulars in an indictment it must prove them. A long list of authorities supports this proposition.

[N.B.: l'ancien art. 853 est devenu le par. 510(3)] m'amène à penser que leur esprit et leur objet est d'assurer que le prévenu, lorsqu'il se prépare pour le procès, dispose de renseignements exacts et raisonnables sur l'accusation qui pèse contre lui de manière à pouvoir faire valoir pleinement sa défense. En même temps, ces articles ont une autre fin, soit annuler l'ancienne procédure afin d'améliorer son formalisme extrême et de faciliter l'administration de la justice conformément au fond de l'affaire.

(C'est moi qui souligne.)

De même, dans l'arrêt *Brodie v. The King*, [1936] R.C.S. 188, le juge Rinfret analyse l'art. 852 du *Code* (devenu le par. 510(1)) et dit, à la p. 194, que l'un des principaux objets de la loi était [TRADUCTION] «que le prévenu puisse avoir un procès équitable et, par conséquent, que l'acte d'accusation en soi identifie de façon raisonnablement précise l'acte ou les actes dont il est inculpé de sorte qu'il puisse connaître la nature de l'infraction qu'on lui reproche et préparer sa défense en conséquence».

Le paragraphe 510(3), lorsqu'on le rapproche du par. 510(1) et de la jurisprudence qui les interprète tous deux, comporte donc une réserve analogue à celle exprimée au par. 529(4), savoir, que le chef d'accusation doit comporter suffisamment de renseignements pour permettre au prévenu de «faire valoir pleinement» sa défense et, en conséquence, d'avoir un procès équitable. D'ailleurs, conclure autrement aurait pour effet d'annuler l'objet même du principe de l'accusation écrite.

De même, la règle du «superfétatoire» qui, comme je l'ai déjà souligné, constitue l'inverse du par. 510(3), doit aussi être considérée comme sujette à la condition que l'accusé ne subisse pas de préjudice dans sa défense. Dans l'arrêt *R. v. Elliott*, [1976] 4 W.W.R. 285, le juge McIntyre (maintenant juge de cette Cour) dit, à la p. 289:

[TRADUCTION] Il est clair à mon avis que lorsque Sa Majesté donne des détails importants dans l'acte d'accusation, elle doit les prouver. Une jurisprudence constante et abondante appuie cette proposition.

It is of course true that immaterial or non-essential averments in indictments need not be strictly proved if no prejudice results to the accused.

(Emphasis added.)

Indeed, the notion that the accused not be prejudiced by the application of the "surplusage rule" may fairly be said to be a persistent theme throughout the case-law.

In the case of *R. v. Little and Wolski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 531, the accused were charged with theft from "Westwood Jewellers Limited". The evidence established that the store from which the items were stolen was known as "Westwood Jewellers". Matas J.A., speaking for the Court of Appeal of Manitoba, emphasized at pp. 537-38 that:

In the case at bar, use of the corporate name in the indictment did not mislead in any way; the accused had sufficient knowledge, by the indictment, of the circumstances of the offence; they had reasonable information with respect to the act alleged in the indictment sufficient to identify the transaction. There was no prejudice to them.

The judgment of the Court of Appeal was confirmed by the Supreme Court of Canada, [1976] 1 S.C.R. 20. De Grandpré J., for the majority, stated at p. 26:

... on the whole of the evidence, it is clear that the accused have been given sufficient information about the circumstances of the alleged offence and were at all times in a position to identify the transaction referred to in the indictment. Accordingly, it is my view that they have received a fair trial.

Dickson J. (as he then was), with whom Beetz J. concurred, agreed with the result and stated, at p. 32:

In my view, the evidence in this case reasonably identified the owner of the stolen diamond rings with the person named in the indictment as owner, and the accused were in no way misled or prejudiced in their defence by failure to prove identity with greater precision.

Similarly, in *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294, MacKay J.A., on behalf of the Ontario Court of Appeal, wrote at pp. 300-01:

Il est vrai bien entendu que les allégations non essentielles et non pertinentes dans les actes d'accusation n'ont pas strictement à être prouvées si aucun préjudice n'en résulte pour le prévenu.

^a (C'est moi qui souligne.)

En fait, on peut dire en toute honnêteté que la notion portant que l'application de la règle du «superfétatoire» ne doit pas porter préjudice au prévenu est un thème constant en jurisprudence.

Dans l'affaire *R. v. Little and Wolski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 531, les accusés étaient inculpés du vol de biens appartenant à «Westwood Jewellers Limited». La preuve démontrait que le magasin où les objets avaient été volés s'appelait «Westwood Jewellers». Le juge Matas, s'exprimant au nom de la Cour d'appel du Manitoba, souligne aux pp. 537 et 538:

^d [TRADUCTION] En l'espèce, l'emploi du nom de la compagnie dans l'acte d'accusation n'a aucunement porté à confusion; l'acte d'accusation fournissait aux inculpés une connaissance suffisante des circonstances de l'infraction; l'acte d'accusation contenait des détails suffisants pour les renseigner raisonnablement sur l'acte reproché et pour identifier l'affaire. Ils n'ont pas subi de préjudice.

L'arrêt de la Cour d'appel est confirmé par la Cour suprême du Canada à [1976] 1 R.C.S. 20. Le juge de Grandpré, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, affirme à la p. 26:

... selon l'ensemble de la preuve, il est clair que les inculpés ont été suffisamment renseignés sur les circonstances de l'infraction alléguée et ont toujours été en mesure d'identifier l'affaire mentionnée dans l'acte d'accusation. En conséquence, je considère qu'ils ont eu un procès équitable.

^h Le juge Dickson (maintenant Juge en chef), aux motifs duquel a souscrit le juge Beetz s'est dit d'accord avec ce résultat, affirmant à la p. 32:

À mon avis, la preuve en l'espèce identifie de façon raisonnable le propriétaire des bagues de diamants volées avec la personne désignée par l'acte d'accusation comme propriétaire, et le défaut de prouver l'identité avec plus de précision n'a d'aucune façon induit les inculpés en erreur ni causé de préjudice à leur défense.

^j De même, dans l'arrêt *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294, le juge MacKay, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, écrit aux pp. 300 et 301:

In the present case the appellant does not allege that he was misled or prejudiced in his defence by the wrong date in the information, and while I think it might well have been the better course to amend the information when the evidence disclosed the error in the date, the failure to amend does not invalidate the conviction.

A number of other cases have expressed a similar concern, namely, that the accused not be misled or prejudiced by the use and application of the "surplusage rule". See, e.g., *R. v. MacLean and MacLean* (1981), 58 C.C.C. (2d) 318 (Ont. C.A.); *R. v. Simard* (1980), 55 C.C.C. (2d) 306 (N.S.C.A.); *R. v. O'Connor*, [1963] 1 C.C.C. 229 (P.E.I.C.A.)

In summary, the early Canadian cases on the "surplusage rule", e.g. *R. v. Coote* (1903), 8 C.C.C. 199 (B.C.S.C.), do not specifically mention the issue of prejudice, but many of the more recent cases, specifically those noted above, expressly and repeatedly underline the issue of prejudice. Prejudice to the accused is in my view, a clear limitation to the invocation of the "surplusage rule".

In the case at bar, Lamb J. denied the Crown's motion to amend because he was of the view that at that stage of the trial it would prejudice the accused.

Malouf J.A. said, and on this point I am in full agreement with him, that the accused knew what transaction was being complained of, which bonds were involved, who the owner was and who the possible victims could be. But, with respect, this is only one of the ways the specification of the Bank of Montreal, as being the victim, could have prejudicially affected the accused in the conduct of their trial. They knew what conduct on their part had triggered the indictment, and I fully agree with Malouf J.A. that they were not misled in that regard. However, they were misled as to whom the Crown, albeit unnecessarily, undertook to prove as being the victim.

[TRANSLATION] En l'espèce, l'appelant ne prétend pas qu'il a été induit en erreur ou qu'il a subi un préjudice dans sa défense en raison de la date erronée figurant dans la dénonciation et, même si je crois qu'il eut peut-être mieux valu modifier la dénonciation lorsque la preuve soumise a permis de découvrir l'erreur de date, le défaut de le faire n'a pas pour effet d'invalider la déclaration de culpabilité.

Dans de nombreuses autres affaires, on s'est aussi préoccupé de ne pas induire le prévenu en erreur ou de ne pas lui porter préjudice par l'utilisation et l'application de la règle du «superfétatoire». Voir, par exemple, *R. v. MacLean and MacLean* (1981), 58 C.C.C. (2d) 318 (C.A. Ont.); *R. v. Simard* (1980), 55 C.C.C. (2d) 306 (C.A.N.-É.); *R. v. O'Connor*, [1963] 1 C.C.C. 229 (C.A.Î.-P.-É.)

En résumé, l'ancienne jurisprudence canadienne sur la règle du «superfétatoire», dont l'affaire *R. v. Coote* (1903), 8 C.C.C. 199 (C.S.C.-B.), ne mentionne pas expressément la question du préjudice, mais une grande partie de la jurisprudence plus récente, notamment celle mentionnée ci-dessus, souligne expressément et à maintes reprises la question du préjudice. Le préjudice causé au prévenu limite clairement, à mon avis, le recours à la règle du «superfétatoire».

En l'espèce, le juge Lamb a rejeté la requête en modification présentée par Sa Majesté, parce qu'il était d'avis qu'à ce stade du procès elle porterait préjudice aux accusés.

Le juge Malouf a dit, et sur ce point je suis parfaitement d'accord avec lui, que les accusés savaient de quelle opération on se plaignait, de quelles obligations il s'agissait, qui en était le propriétaire et quelles pouvaient être les victimes. Mais, avec égards, ce n'est là qu'une des façons dont la mention de la Banque de Montréal, comme étant la victime, aurait pu porter préjudice à la cause des accusés. Ils savaient quelle conduite était à l'origine de l'acte d'accusation, et je suis parfaitement d'accord avec le juge Malouf pour dire qu'ils n'ont pas été induits en erreur à cet égard. Cependant, ils ont été induits en erreur quant à l'identité de la victime que Sa Majesté a entrepris d'établir même si ce n'était pas nécessaire.

Counsel for the accused might have conducted their case on that undertaking. The decisions whether or not to object to evidence, whether or not to cross-examine and how and to what extent to cross-examine, might have been made in the light of that undertaking by the Crown. In the case at bar, the trial judge felt that, after an eight-month trial, prejudice to the accused was irreparable. While the decision to refuse an amendment is under s. 529(6) of the *Criminal Code* a question of law and reviewable by the Court of Appeal on a Crown appeal, the decision of the trial judge, when based upon a finding of irreparable prejudice should not be interfered with lightly and should be made keeping in mind the trial judge's privileged position as regards the effect on the fairness of a trial of events taking place in the courtroom. One of the matters to be considered by the trial judge, under s. 529(4)(e) is "whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done". In his report to the Court of Appeal the trial judge made it clear that in his view all of the facts surrounding the transactions were amply canvassed in chief and in cross-examination. He gave no reasons at the time of his decision nor in his report for his finding of irreparable prejudice to the accused. From a perusal of the evidence there is no indication that the accused could have been misled in their cross-examination of witnesses or more generally in their handling of the case. Furthermore, Lamb J. could have, upon granting the amendment afforded them an opportunity to further cross-examine the witnesses, if requested by the accused. In fact, this was not considered because, as is clearly apparent from the record, and emphasized by the trial judge in his report to the Court of Appeal, as regards the facts, the case for the accused rested upon the success of an attack on Feller's credibility. This the accused attempted and were afforded an opportunity to that effect by actually cross-examining Feller, four days a week, over a period of two months.

Les avocats des accusés auraient pu élaborer leur défense en fonction de cela. C'est en fonction de ce que Sa Majesté entreprenait de prouver qu'auraient pu être prises les décisions de s'opposer ou de ne pas s'opposer à la preuve soumise, de procéder ou non à un contre-interrogatoire et de contre-interroger d'une certaine manière et jusqu'à un certain point. En l'espèce, le juge du procès a estimé que, après huit mois de procès, le préjudice porté aux accusés était irréparable. Bien que la décision de refuser une modification en vertu du par. 529(6) du *Code criminel* soit une question de droit que la Cour d'appel peut examiner si Sa Majesté fait appel, on ne devrait pas intervenir à la légère face à la décision du juge du procès fondée sur une conclusion de préjudice irréparable et on devrait garder à l'esprit la position privilégiée du juge du procès vis-à-vis de l'effet, sur l'équité du procès, d'événements qui se produisent dans la salle d'audience. En vertu de l'al. 529(4)e, le juge du procès doit considérer «la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise». Dans son rapport à la Cour d'appel, le juge du procès a exposé clairement qu'à son avis tous les faits entourant les opérations avaient été amplement examinés au cours de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire. Il n'a pas expliqué au moment de sa décision ni dans son rapport sa conclusion de préjudice irréparable causé aux accusés. Il ne ressort pas de la lecture de la preuve que les accusés aient pu être induits en erreur dans leur contre-interrogatoire des témoins ou plus généralement dans leur façon de présenter leur défense. En outre, le juge Lamb aurait pu en accordant la modification, permettre, à la demande des accusés, un autre contre-interrogatoire des témoins. En fait cela n'a pas été envisagé parce que, comme cela ressort clairement du dossier et comme le souligne le juge du procès dans son rapport à la Cour d'appel, en ce qui concerne les faits, la défense des accusés reposait sur la réussite d'une attaque de la crédibilité de Feller. Les accusés l'ont tentée et ont eu la possibilité de le faire en contre-interrogeant effectivement Feller quatre jours par semaine pendant deux mois.

Lamb J. was of the view that there were, in law, no target victims of their deceit. That is the reason why he granted the motion for a directed verdict, and that is the real reason (and one that pre-empted considering prejudice), why he refused the amendment.

This explains the lengthy reasons he gave in support of his finding no victims. The amendment had, for that reason, in his view, no useful purpose, and this further explains why he gave no indication in his reasons of his grounds for finding prejudice, let alone irreparable prejudice. Under these circumstances and for these reasons Malouf J.A. was, in my respectful view, justified in exercising his jurisdiction to review the finding and also right in then finding no prejudice.

I would therefore dismiss the appeals. The Court of Appeal simply ordered a new trial. In upholding that decision, I would allow the amendment to the indictment which Lamb J. had denied, *i.e.* deletion of the Bank of Montreal as the victim, and order that a new trial be held on the indictment as amended.

I would accordingly dismiss the Crown's appeal. As a result, the Court of Appeal's judgment quashing the convictions and ordering a new trial on the count of possession should stand. I would dismiss the appeals by the accused and order a new trial on the amended counts.

Appeals dismissed.

Solicitors for Côté: Léo-René Maranda and Michel Proulx, Montréal.

Solicitor for Vézina: Robert Doré, Montréal.

Solicitor for Her Majesty The Queen: Yves Berthiaume, Montréal.

Selon le juge Lamb, il n'y avait en droit aucune victime cible de leur supercherie. C'est pourquoi il a accordé la requête de verdict imposé et c'est la raison véritable (et celle qui a empêché d'examiner le préjudice) de son refus d'autoriser la modification.

Ceci explique les longs motifs qu'il a rédigés pour appuyer sa conclusion qu'il n'y avait pas de victime. À son avis, la modification était donc inutile et ceci explique aussi pourquoi il n'a pas indiqué dans ses motifs ses raisons pour conclure au préjudice, sans parler du préjudice irréparable. Dans ces circonstances et pour ces motifs, le juge Malouf était, à mon avis, justifié d'exercer sa compétence d'examiner la conclusion et a eu raison de conclure alors qu'il n'y avait pas de préjudice.

Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois. La Cour d'appel a simplement ordonné un nouveau procès. En confirmant cette décision, je suis d'avis d'autoriser la modification de l'acte d'accusation que le juge Lamb avait refusée, soit la suppression de la mention de la Banque de Montréal comme la victime, et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur l'acte d'accusation ainsi modifié.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Sa Majesté. Il s'ensuit que l'arrêt de la Cour d'appel qui a infirmé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès relativement au chef de possession est confirmé. Je suis d'avis de rejeter les pourvois des accusés et d'ordonner un nouveau procès sur les chefs modifiés.

Pourvois rejetés.

Procureurs de Côté: Léo-René Maranda et Michel Proulx, Montréal.

Procureur de Vézina: Robert Doré, Montréal.

Procureur de Sa Majesté La Reine: Yves Berthiaume, Montréal.

Wayne Peter Morozuk *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17151.

1985: May 2, 3; 1986: January 30.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Drug offences — Accused convicted of possession of cannabis (marihuana) for purposes of trafficking while evidence disclosing trafficking in cannabis resin — Crown particularizing which substance was the narcotic while proving a different substance — Possession of a narcotic for the purpose of trafficking constituting the gravamen of the offence — Absence of prejudice to the accused — Indictment amended and appeal dismissed by Supreme Court of Canada — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 2, 4, schedule: item 3 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529(4), (5), 613(1)(b)(i), (3).

Courts — Jurisdiction — Indictment — Amendment — Drug offences — Variance between the particular and the evidence — No amendment made throughout the proceedings — Supreme Court of Canada having jurisdiction to amend conviction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529(4), (5), 613(1)(b)(i), (3).

The appellant was charged of unlawful possession of a narcotic (cannabis (marihuana)) for the purpose of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. At the trial, appellant submitted that he should be acquitted because the Crown particularized the substance in the indictment as cannabis marihuana when the certificates of analysis indicated it to be cannabis resin. The trial judge convicted appellant holding that the Crown had proved that he was unlawfully in possession of a narcotic, to wit, cannabis, and that he had failed to establish that his possession was not the purpose of trafficking. The Court of Appeal dismissed appellant's appeal without reasons.

Held: The appeal should be dismissed.

The gravamen of the offence is the possession of a narcotic for the purpose of trafficking. The word "nar-

Wayne Peter Morozuk *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 17151.

1985: 2, 3 mai; 1986: 30 janvier.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

Droit criminel — Infractions relatives à des stupéfiants — Accusé déclaré coupable de possession de cannabis (marihuana) pour en faire le trafic malgré la preuve de trafic de résine de cannabis — La poursuite particularise la substance constituant le stupéfiant mais prouve une substance différente — La possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic est l'essence de l'infraction — Aucun préjudice causé à l'accusé — Modification de l'acte d'accusation et rejet du pourvoi par la Cour suprême du Canada — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2, 4, annexe: art. 3 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529(4), (5), 613(1)(b)(i), (3).

Tribunaux — Compétence — Acte d'accusation — Modification — Infractions relatives à des stupéfiants — Divergence entre un détail de l'acte d'accusation et la preuve — Aucune modification apportée pendant les procédures — Compétence de la Cour suprême du Canada de modifier la déclaration de culpabilité — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529(4), (5), 613(1)(b)(i), (3).

L'appellant a été inculpé de possession illégale d'un stupéfiant (savoir du cannabis (marihuana)) pour en faire le trafic en contravention du par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Au procès, l'appellant a soutenu qu'il devait être acquitté parce que la poursuite précisait que dans l'acte d'accusation la substance était du cannabis marihuana alors que les certificats d'analyse établissaient qu'il s'agissait de résine de cannabis. Le juge du procès a déclaré l'appellant coupable, ayant conclu que la poursuite avait prouvé qu'il avait été illégalement en possession d'un stupéfiant, savoir du cannabis, et qu'il n'avait pas établi que sa possession ne visait pas à faire le trafic. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appellant sans donner de motifs.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'essence de l'infraction est la possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic. Le mot «stupéfiant» signifie,

cotic", as defined in s. 2 of the *Narcotic Control Act*, means "any substance included in the schedule . . ." The substances involved in this case—namely cannabis resin and cannabis (marihuana)—are included in item 3 of the schedule. The Crown having particularized the narcotic should have sought an amendment under s. 529 of the *Criminal Code* to correct the variance between the particular and the evidence. Absent the Crown's motion, the trial judge should have considered amending the charge *proprio motu* under that section. Such an amendment would not have prejudiced the accused as it is apparent under the particular circumstances of this case that he was not misled in his defence in any way. Since there was no amendment in the proceedings below, it is a proper case for this Court, acting under s. 613(1)(b)(i) and (3) of the *Code*, to amend the indictment and to dismiss the appeal.

Cases Cited

Elliott v. The Queen, [1978] 2 S.C.R. 393, aff'g (1976), 40 C.R.N.S. 261 (B.C.C.A.); *Lake v. The Queen*, [1969] S.C.R. 49, applied; *R. v. Barrett* (1980), 54 C.C.C. (2d) 75; *R. v. Rawlyk* (1972), 20 C.R.N.S. 188; *R. v. Land* (1981), 60 C.C.C. (2d) 118, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529(4), (5), 613(1)(b)(i), (3).

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 2 "marihuana", "narcotic", 4, schedule: item 3.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal dismissing without reasons the accused's appeal from his conviction on a charge of possession of a narcotic for the purpose of trafficking. Appeal dismissed.

Michael N. Starr, for the appellant.

S. R. Fainstein and *Donna Valgardson*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—The accused was charged in the Court of Queen's Bench of Alberta "that he on or about the 19th day of April, 1981, at Calgary, in the Province of Alberta, was unlawfully in possession of a Narcotic, to wit: cannabis (marihuana),

selon la définition de l'art. 2 de la *Loi sur les stupéfiants*, «toute substance mentionnée dans l'annexe . . . » Les substances visées en l'espèce, savoir la résine de cannabis et le cannabis (marihuana), sont mentionnées à l'art. 3 de l'annexe. Après avoir particularisé le stupéfiant, la poursuite aurait dû demander une modification par application de l'art. 529 du *Code criminel* pour corriger la divergence entre le détail et la preuve. Vu l'absence de requête de la part de la poursuite, le juge du procès aurait dû procéder à la modification de son propre chef en vertu de cet article. Cette modification n'aurait pas causé de préjudice à l'accusé puisqu'il ressort des circonstances particulières de l'espèce qu'il n'a nullement été induit en erreur ni lésé dans sa défense. Puisqu'il n'y a pas eu de modification au cours des procédures devant les cours d'instance inférieure, il est loisible à cette Cour, par application du sous-al. 613(1)(b)(i) et du par. 613(3) du *Code*, de modifier l'acte d'accusation et de rejeter le pourvoi.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, confirmant (1976), 40 C.R.N.S. 261 (C.A.C.-B.); *Lake v. The Queen*, [1969] R.C.S. 49; arrêts mentionnés: *R. v. Barrett* (1980), 54 C.C.C. (2d) 75; *R. v. Rawlyk* (1972), 20 C.R.N.S. 188; *R. v. Land* (1981), 60 C.C.C. (2d) 118.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529(4), (5), 613(1)(b)(i), (3)

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2 «marihuana», «stupéfiant», 4, annexe: art. 3.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, qui a rejeté, sans donner de motifs, l'appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic. Pourvoi rejeté.

Michael N. Starr, pour l'appellant.

S. R. Fainstein et *Donna Valgardson*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—L'accusé a été inculpé en Cour du Banc de la Reine de l'Alberta [TRADUCTION] «d'avoir, le 19 avril 1981 ou vers cette date, à Calgary, province de l'Alberta, illégalement eu en sa possession un stupéfiant, savoir du cannabis

for the purpose of trafficking, contrary to s. 4, Subsection 2 of the Narcotic Control Act and amendments thereto”.

The narcotic seized was analyzed and certificates of analysis, which were introduced at trial, proved the substance to be cannabis resin.

During the trial, counsel for the appellant submitted that the Crown's case should fail because the certificates of analysis identified the substance as cannabis resin whereas the indictment indicated the substance as cannabis marihuana. Counsel for the appellant submitted that, the Crown having chosen to particularize the substance in the indictment as cannabis marihuana and being unable to prove it as such, the accused should be acquitted.

The trial judge held that the Crown had proved that the accused was unlawfully in possession of a narcotic, to wit, cannabis. He based his decision on the Alberta Court of Appeal's decision in *R. v. Barrett* (1980), 54 C.C.C. (2d) 75. I will be referring hereinafter to this decision.

At the end of the trial, the trial judge held that the appellant had failed to discharge the burden that became his after he was found in possession and therefore found him guilty of the full offence of unlawfully being in possession of cannabis for the purpose of trafficking. The Crown did not move for the amendment of the indictment nor did the trial judge amend *proprio motu* under s. 529 of the *Criminal Code*.

The Court of Appeal of Alberta dismissed the appeal without reasons, obviously and understandably satisfied that matters had been put to rest in that province in the *Barrett* decision, *supra*. The accused now comes to this Court.

Issue

Did the Court of Appeal of Alberta err in dismissing the appellant's appeal inasmuch as the indictment charged the appellant with possession for the purpose of trafficking in cannabis marihuana and the certificates of analysis proved the substance in question to be cannabis resin?

(marihuana) pour en faire le trafic, en contravention du par. 4(2) de la Loi sur les stupéfiants et modifications».

Le stupéfiant saisi a été analysé et les certificats d'analyse, qui ont été produits au procès, prouvent que la substance était de la résine de cannabis.

Au procès, l'avocat de l'appellant a soutenu que la poursuite de Sa Majesté devait échouer parce que les certificats d'analyse établissaient que la substance était de la résine de cannabis alors que l'acte d'accusation indiquait que la substance était du cannabis marihuana. L'avocat de l'appellant a soutenu que, puisque la poursuite avait choisi de spécifier dans l'acte d'accusation que la substance était du cannabis marihuana et ne pouvait le prouver expressément, il fallait acquitter l'accusé.

Le juge du procès a conclu que la poursuite avait prouvé que l'accusé avait été illégalement en possession d'un stupéfiant, savoir du cannabis. Il a fondé sa décision sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta *R. v. Barrett* (1980), 54 C.C.C. (2d) 75. Je reviendrai plus loin à cette décision.

À la fin du procès, le juge a conclu que l'appellant ne s'était pas libéré du fardeau de la preuve qui lui incombait après avoir été trouvé en possession d'un stupéfiant et le juge l'a en conséquence déclaré coupable de l'entière infraction, savoir d'avoir été illégalement en possession de cannabis pour en faire le trafic. La poursuite n'a pas demandé la modification de l'acte d'accusation et le juge du procès ne l'a pas modifié de son propre chef en appliquant l'art. 529 du *Code criminel*.

La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel sans donner de motifs, manifestement, on peut le comprendre, parce qu'elle était convaincue que ces questions avaient été tranchées de façon définitive dans l'arrêt *Barrett*, précité. L'accusé se pourvoit maintenant en cette Cour.

La question en litige

La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en rejetant l'appel interjeté par l'appellant alors que l'acte d'accusation inculpait l'appellant de possession de cannabis marihuana pour en faire le trafic tandis que les certificats d'analyse établissaient que la substance en cause était de la résine de cannabis?

The Legislation

Section 4(2) and (3) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, are those under which Mr. Morozuk was convicted:

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

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

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

A narcotic is defined at s. 2 of the Act:

“narcotic” means any substance included in the schedule or anything that contains any substance included in the schedule;

Marihuana is also defined at s. 2 of the Act:

“marihuana” means *Cannabis sativa* L.;

This definition refers to a schedule which lists twenty substances and the preparations, derivatives, alkaloids, salts (and for cannabis, the similar synthetic preparations), thereof.

Item 3 of this schedule is the one which lists the substances involved in this case, as follows:

3. *Cannabis sativa*, its preparations, derivatives and similar synthetic preparations, including:

- (1) Cannabis resin,
- (2) Cannabis (marihuana),
- (3) Cannabidiol,
- (4) Cannabinol (3-n-amy-6,6,9-trimethyl-6-dibenzopyran-1-ol),
- (5) Pyrahexyl (3-n-hexyl-6,6,9-trimethyl-7,8,9,10-tetrahydro-6-dibenzopyran-1-ol), and
- (6) Tetrahydrocannabinol.

Under each of the other nineteen substances are listed, in like fashion, the respective derivatives and other forms of the substances. As a result, there are over a hundred of such listed items.

The first question to be addressed is whether each of the listed derivatives or preparations is a distinct offence. Of course if they are, the Crown

Les textes législatifs

M. Morozuk a été déclaré coupable en vertu des par. 4(2) et (3) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1:

4. (1) Nul ne peut faire le trafic d'un stupéfiant ou d'une substance quelconque qu'il prétend être ou estime être un stupéfiant.

(2) Nul ne peut avoir en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic.

(3) Quiconque enfreint le paragraphe (1) ou (2) est coupable d'un acte criminel et encourt l'emprisonnement à perpétuité.

L'article 2 de la Loi définit ainsi un stupéfiant: «stupéfiant» désigne toute substance mentionnée dans l'annexe, ou tout ce qui contient une telle substance;

L'article 2 de la Loi définit également marihuana: «chanvre indien» ou «marihuana» désigne le *Cannabis sativa* L.;

Cette définition mentionne une annexe qui énumère vingt substances, leurs préparations, leurs dérivés, leurs alcaloïdes et leurs sels (et, pour le cannabis, des préparations synthétiques semblables).

L'article 3 de l'annexe donne la liste des substances en cause en l'espèce, comme suit:

3. Chanvre indien (*Cannabis sativa*), ses préparations, ses dérivés et préparations synthétiques semblables, ainsi:

- (1) Résine de cannabis,
- (2) Cannabis (marihuana),
- (3) Cannabidiol,
- (4) Cannabinol (n-amy-3 triméthyl-6,6,9 dibenzo-6 pyran-1-ol),
- (5) Pyrahexyl (n-hexyl-3 triméthyl-6,6,9 tétrahydro-7,8,9,10 dibenzo-6 pyran-1-ol), et
- (6) Tétrahydrocannabinol.

Pour chacune des dix-neuf autres substances, l'annexe mentionne de même les dérivés et les autres formes de ces substances. En conséquence, il y a plus d'une centaine d'articles à la liste.

La première question à résoudre est de savoir si la possession ou le trafic de chacun des dérivés ou chacune des préparations énumérés constitue une

proved the wrong offence, the indictment cannot be amended to charge a different offence, the conviction for the offence charged cannot stand, and the accused must be acquitted.

Two courts of appeal, the Court of Appeal for Saskatchewan, in *R. v. Rawlyk* (1972), 20 C.R.N.S. 188, and the Court of Appeal for British Columbia, in *R. v. Land* (1981), 60 C.C.C. (2d) 118, held that each item in the schedule created a distinct offence. Both decisions turned upon the question whether an accused, when found in possession of more than one item on the list, could be charged and convicted of separate offences for possession of each of the respective substances, or whether such possession constituted only one offence? The result of these appeals was to restore the convictions for the separate and distinct offences.

One court of appeal, the Court of Appeal for Alberta, in *Barrett, supra*, took the position that the offence created by Parliament was possession of cannabis. Inferentially that decision stands for the proposition that each of the twenty listed substances creates separate offences but that the derivatives listed under them do not.

I think that this Court has already, albeit under a different statute, settled the question in *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393. The counts in that case were laid in British Columbia under the provisions of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27. Section 42 thereof is identical to s. 4 of the *Narcotic Control Act, supra*, and makes it an offence to have in one's possession a "restricted drug" for the purpose of trafficking. Section 40 defines a restricted drug: "'restricted drug" means any drug or other substance included in Schedule H". The only difference between that schedule and the one involved in this case is that they list different substances.

One of the substances listed in the *Food and Drugs Act* is methylenedioxyamphetamine (com-

infraction distincte. Évidemment dans l'affirmative, la poursuite a prouvé la mauvaise infraction, il n'est pas possible de modifier l'acte d'accusation pour viser une infraction différente, la déclaration de culpabilité pour l'infraction reprochée ne peut être maintenue et l'accusé doit être acquitté.

Deux cours d'appel, la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *R. v. Rawlyk* (1972), 20 C.R.N.S. 188, et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Land* (1981), 60 C.C.C. (2d) 118, ont conclu que chaque article de l'annexe créait une infraction distincte. Les deux arrêts portaient sur la question de savoir si, lorsqu'un accusé est trouvé coupable de possession de plus d'un article de la liste, il peut être accusé et déclaré coupable d'infractions distinctes pour possession de chacune des substances ou si cette possession constitue une seule infraction. Ces appels ont eu comme conséquence de rétablir les déclarations de culpabilité relativement à des infractions distinctes.

Une cour d'appel, la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Barrett*, précité, a conclu que l'infraction que le législateur a créée est la possession de cannabis. Il découle implicitement de cette décision que chacune des vingt substances énumérées crée une infraction distincte, alors que les dérivés énumérés n'en créent pas.

Je crois que cette Cour a déjà réglé cette question, bien que ce soit pour une loi différente, dans l'arrêt *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393. Dans cette affaire-là, les chefs d'accusation avaient été portés en Colombie-Britannique en vertu des dispositions de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27. Son article 42 est identique à l'art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, précité, et érige en infraction la possession d'une «drogue d'usage restreint» aux fins d'en faire le trafic. L'article 40 définit une drogue d'usage restreint comme «toute drogue ou autre substance mentionnée à l'annexe H». La seule différence entre cette annexe et celle qui est en cause en l'espèce est qu'elle énumère des substances différentes.

Une des substances énumérées à la *Loi des aliments et drogues* est la méthylendioxyamphé-

monly known as MDA) or any salt thereof. The three counts in the charge were respectively for, conspiracy to traffic, traffic, and possession for the purpose of trafficking of a restricted drug, to wit: MDA. Elliott was not charged as regards the salt of MDA. Convicted of trafficking (the second count), Elliott appealed and was successful upon the Court of Appeal for British Columbia finding that although it had been proved that he had a salt of MDA in his possession for the purpose of trafficking, it was not shown that he was in possession of MDA, *Elliott v. The Queen (No. 2)* (1976), 40 C.R.N.S. 257, at p. 261.

The Crown appealed the acquittal on possession (the third count) to the Court of Appeal, the bench being differently constituted. The Crown applied to the Court of Appeal to amend the charge by adding the words "a salt of" prior to the word MDA. The Court allowed the amendment, allowed the appeal and ordered a new trial on the amended charge. Commenting on this, Ritchie J., speaking for the majority of this Court, said at pp. 426-27:

In considering the third count, however, the Court of Appeal, differently constituted, appears to have recognized that the charge was that the accused 'did unlawfully have in their possession a restricted drug . . . for the purpose of trafficking' and that the failure to allege possession of 'a salt of MDA' constituted a failure to allege 'a particular' of the offence which was capable of being added by way of amendment, in order to conform to the evidence which the Court had accepted in disposing of count 2.

The latter amendment did not in my opinion have the effect of charging a new offence as it did no more than specify a particular of the offence which had already been charged. If I thought the amendment to be tantamount to the charge of a different offence from that contained in the original count, other considerations might apply, but what we have here is a particularization of an ingredient of the main charge which was made necessary by the evidence which the Court had already accepted and which had in fact been in great measure conceded by the appellant.

(Emphasis added.)

tamine (communément appelée MDA) ou tout sel de cette substance. Les trois chefs de l'accusation étaient respectivement ceux de complot pour faire le trafic, de trafic et de possession aux fins de faire le trafic d'une drogue d'usage restreint, savoir la MDA. Elliott n'a pas été inculpé à l'égard du sel de MDA. Déclaré coupable de trafic (le deuxième chef d'accusation), Elliott a interjeté appel et a eu gain de cause car la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que, même s'il avait été prouvé qu'il avait eu du sel de MDA en sa possession aux fins d'en faire le trafic, il n'avait pas été démontré qu'il avait de la MDA en sa possession, *Elliott v. The Queen (N° 2)* (1976), 40 C.R.N.S. 257, à la p. 261.

La poursuite a interjeté appel de l'acquittement relativement à la possession (le troisième chef d'accusation) à la Cour d'appel composée de juges différents. La poursuite a demandé à la Cour d'appel l'autorisation de modifier l'accusation en ajoutant les mots [TRADUCTION] «un sel de» devant le mot MDA. La Cour d'appel a autorisé la modification, accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès relativement à l'accusation modifiée. Commentant ce point, le juge Ritchie dit au nom de la majorité de cette Cour aux pp. 426 et 427:

Cependant, il appert qu'en étudiant le troisième chef, la Cour d'appel, dont la composition était différente, a reconnu que, selon l'accusation, les inculpés avaient [TRADUCTION] «illégalement eu en leur possession une drogue d'usage restreint . . . pour en faire le trafic» et que le défaut d'alléguer la possession d'«un sel de MDA» équivalait à ne pas alléguer un «détail» de l'infraction qui pouvait être ajouté par modification afin de rendre l'accusation conforme à la preuve acceptée par la Cour à l'égard du deuxième chef d'accusation.

A mon avis, cette modification ne signifie pas que l'accusé est inculpé d'une nouvelle infraction puisqu'elle précise seulement un détail de l'infraction qui lui était déjà imputée. Si cette modification revenait à porter une accusation différente de l'accusation initiale, d'autres considérations entreraient en jeu, mais, à mon avis, il s'agit en l'espèce de la précision d'un élément de l'accusation principale, rendue nécessaire par la preuve déjà acceptée par la Cour et, dans une large mesure, admise par l'appellant.

(C'est moi qui souligne.)

And later on, said, at p. 428:

It will be observed that the gravamen of the offence under these counts is in the one case that the accused did 'unlawfully traffic in a restricted drug ...' and in the other that they did 'unlawfully have in their possession a restricted drug for the purpose of trafficking'.

(Emphasis added.)

In this respect, I see no difference between the *Food and Drugs Act* and the *Narcotic Control Act*, and the findings of this Court as regards the former are equally applicable to the latter. The gravamen of the offence is the possession of a narcotic for the purpose of trafficking. It is an offence to possess cannabis, its derivatives etc., because it is a narcotic. Possession of anything listed in the schedule is possession of a narcotic. Whether and to what extent the Crown can break down one act of possession of different narcotics into different counts is no more in issue in this case than it was in *Elliott, supra*, and we need not, and should not, address the issue in this case. Specifying that the narcotic was cannabis and then further specifying what kind of cannabis, that is marihuana, was particularizing the narcotic.

This leads us to the second question. The Crown having particularized the narcotic (or when having been ordered to do so), can a conviction be entered if a narcotic other than the one specified is proved? One thing is certain: the appellant cannot stand convicted of possession of marihuana when it has never been established that he had marihuana. The Crown should have sought an amendment under s. 529 of the *Criminal Code* to correct the variance between the particular and this evidence. The trial judge should have, under s. 529, absent the Crown's motion, considered amending *proprio motu*. The only question he had to address was whether such an amendment would prejudice the accused and, if so, whether it can be cured.

Plus loin, il dit à la p. 428:

Il convient de noter que le fondement de ces chefs d'accusations est dans un cas que les accusés ont «illégalement fait le trafic d'une drogue d'usage restreint ...» et, dans l'autre, qu'ils ont «illégalement eu en leur possession une drogue d'usage restreint pour en faire le trafic».

(C'est moi qui souligne.)

À cet égard, je ne vois pas de différence entre la *Loi des aliments et drogues* et la *Loi sur les stupéfiants*; les conclusions de cette Cour à l'égard de la première s'appliquent également à la seconde. L'essence de l'infraction est la possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic. C'est une infraction d'avoir en sa possession du cannabis, ses dérivés etc. parce que ce sont des stupéfiants. La possession de l'une quelconque des substances énumérées à l'annexe constitue la possession d'un stupéfiant. La question de savoir si la poursuite peut subdiviser un acte de possession de différents stupéfiants en différents chefs d'accusation ne se pose pas plus en l'espèce qu'elle ne se posait dans l'arrêt *Elliott*, précité, et il n'est pas nécessaire que nous abordions la question en l'espèce et nous ne devons pas le faire. Préciser que le stupéfiant était du cannabis et préciser en plus quelle sorte de cannabis, c'est-à-dire de la marihuana, revenait à particulariser le stupéfiant.

Ceci nous amène à la deuxième question. Est-il possible, après que la poursuite a particularisé le stupéfiant (ou a reçu l'ordre de le faire), de prononcer une déclaration de culpabilité si le stupéfiant mentionné n'est pas celui établi dans la preuve? Une chose est certaine: on ne peut confirmer la déclaration de culpabilité de l'appelant pour possession de marihuana s'il n'a pas été prouvé qu'il avait de la marihuana en sa possession. La poursuite aurait dû demander une modification par application de l'art. 529 du *Code criminel* pour corriger la divergence entre le détail de l'acte d'accusation et sa preuve. Le juge du procès aurait dû, en vertu de l'art. 529, vu l'absence de requête de la part de la poursuite, procéder à la modification de son propre chef. La seule question à se poser était de savoir si cette modification aurait causé un préjudice à l'accusé et, si oui, s'il était possible de réparer ce préjudice.

In my view, the situation is governed by s. 529(4) and (5) of the *Criminal Code*:

529. ...

(4) The court shall, in considering whether or not an amendment should be made, consider

(a) the matters disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry,

(b) the evidence taken on the trial, if any,

(c) the circumstances of the case,

(d) whether the accused has been misled or prejudiced in his defence by a variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3), and

(e) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.

(5) Where, in the opinion of the court, the accused has been misled or prejudiced in his defence by a variance, error or omission in an indictment or a count thereof, the court may, if it is of opinion that the misleading or prejudice may be removed by an adjournment, adjourn the trial to a subsequent day in the same sittings or to the next sittings of the court and may make such an order with respect to the payment of costs resulting from the necessity for amendment as it considers desirable.

Of course if there is irreparable prejudice, there can be no amendment, the charge will stay as is, and an acquittal must be entered. As there has never been any suggestion that the accused was misled or prejudiced in any way, and, as in any event it is apparent under the particular circumstances of this case that he was not, the charge should have been amended at some stage of the proceedings, surely before registering the conviction.

This brings us to the third and last question. None of this having been done, must this appeal succeed and, if so, do we acquit, or do we order a new trial on an amended charge; or, on the other hand, if the appeal fails, should the appeal be simply dismissed, or should we amend the charge when dismissing?

In *Elliott, supra*, at p. 267, the Court of Appeal allowed the Crown's appeal on the third count and ordered a new trial. A new trial had to be ordered because the Court of Appeal, having reversed the

À mon avis, la situation est régie par les par. 529(4) et (5) du *Code criminel*:

529. ...

(4) La cour doit, en considérant si une modification devrait ou ne devrait pas être faite, examiner

a) les faits révélés par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire,

b) la preuve recueillie lors du procès, s'il en est,

b) c) les circonstances de l'espèce,

d) la question de savoir si l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3), et

e) la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise.

(5) Si, de l'avis de la cour, l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission dans l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs, la cour peut, si elle estime qu'un ajournement ferait disparaître cette impression erronée ou ce préjudice, ajourner le procès à un jour subséquent de la même session ou à la prochaine session de la cour et rendre, à l'égard du paiement des frais résultant de la nécessité de la modification, l'ordonnance qu'elle croit opportune.

Évidemment, s'il y a un préjudice irréparable, il ne peut y avoir de modification, l'accusation restera telle qu'elle et il y aura acquittement. Comme on n'a jamais prétendu que l'accusé a été induit en erreur ou lésé de quelque façon et que de toute façon il est évident, à cause des circonstances particulières de l'espèce, qu'il ne l'a pas été, l'accusation aurait dû être modifiée avant le prononcé de la déclaration de culpabilité.

Ceci nous amène à la troisième et dernière question. Puisque rien de cela n'a été fait, devons-nous accueillir le pourvoi et, dans l'affirmative, devons-nous prononcer l'acquittement ou ordonner un nouveau procès sur l'accusation modifiée ou, d'autre part, si le pourvoi échoue, faut-il simplement le rejeter ou le rejeter en modifiant l'accusation?

Dans l'arrêt *Elliott*, précité, à la p. 267, la Cour d'appel a accueilli le pourvoi de la poursuite sur le troisième chef d'accusation et ordonné un nouveau procès. Il fallait ordonner un nouveau procès parce

trial court on possession, the accused was entitled to an opportunity of establishing that his possession was not for the purpose of trafficking. This Court found no error in that order. That is not to say that a new trial would have had to be ordered had Elliott, at trial, been found to be in possession, and, like Morozuk, been given and exercised the opportunity of establishing that trafficking was not the purpose of his possession.

The situation here is more akin to that with which this Court dealt in *Lake v. The Queen*, [1969] S.C.R. 49. Though the facts of that case are very different from those in this case, the decision is of interest because it acknowledges that an appeal court and this Court can amend a conviction upon dismissing an appeal. Lake had been charged with obtaining by false pretences a sum of \$285 while the evidence indicated a sum of \$56. There was no amendment sought nor made throughout the proceedings below. Spence J., for the Court said at pp. 52-53:

The question arises whether this Court in dismissing the appeal and confirming the conviction should amend the latter. I am of the opinion that it is proper to do so. It would appear that upon the evidence the appellant should only have been convicted of obtaining by false pretences the amount of \$56. The charge as laid contained a reference to a figure of about \$285. This Court has the jurisdiction to make the appropriate amendment by virtue of s. 600(1) of the *Criminal Code* which provides:

600. (1) The Supreme Court of Canada may, on an appeal under this part, make any order that the court of appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment.

The Court of Appeal for Ontario has power to amend the conviction to set out the smaller amount by virtue of s. 592(3) of the *Criminal Code* which provides:

592. (3) Where a court of appeal dismisses an appeal under subparagraph (i) of paragraph (b) of subsection (1), it may substitute the verdict that in its

que, après que la Cour d'appel eut infirmé la décision du tribunal de première instance quant à la possession, l'accusé avait le droit d'avoir la possibilité de prouver qu'il n'avait pas la drogue en sa possession pour des fins de trafic. Cette Cour n'a vu aucune erreur dans cette ordonnance. Cela ne signifie pas qu'il aurait fallu ordonner un nouveau procès si la cour de première instance avait conclu qu'Elliott était en possession d'une drogue et que, comme Morozuk, il avait eu la possibilité de prouver et avait effectivement cherché à prouver qu'il n'avait pas la drogue en sa possession pour des fins de trafic.

La situation en l'espèce ressemble plutôt à celle que la Cour a étudiée dans l'arrêt *Lake v. The Queen*, [1969] R.C.S. 49. Bien que les faits dans cette affaire soient très différents de ceux de l'espèce, l'arrêt est pertinent parce qu'il reconnaît qu'une cour d'appel et cette Cour peuvent modifier une déclaration de culpabilité tout en rejetant un appel. Lake avait été accusé d'avoir obtenu par faux-semblants une somme de 285 \$ alors que la preuve portait sur une somme de 56 \$. Aucune modification n'avait été demandée ni apportée pendant les procédures dans les cours d'instance inférieure. Le juge Spence dit au nom de la Cour, aux pp. 52 et 53:

[TRADUCTION] La question se pose de savoir si en rejetant le pourvoi et en confirmant la déclaration de culpabilité cette Cour devrait modifier celle-ci. Je suis d'avis qu'il y a lieu de le faire. Il semblerait, d'après la preuve, que l'appelant aurait dû être déclaré coupable d'avoir obtenu la somme de 56 \$ par faux-semblants. L'accusation mentionnait la somme d'environ 285 \$. Cette Cour a compétence pour apporter la modification requise en vertu du par. 600(1) du *Code criminel* qui dispose:

600. (1) La Cour suprême du Canada peut, sur un appel aux termes de la présente Partie, rendre toute ordonnance que la cour d'appel aurait pu rendre et peut établir tout règlement ou ordonnance nécessaire pour donner effet à son jugement.

La Cour d'appel de l'Ontario a le pouvoir de modifier la déclaration de culpabilité de manière à énoncer le montant moindre en vertu du par. 592(3) du *Code criminel* qui dispose:

592. (3) Lorsqu'une cour d'appel rejette un appel aux termes du sous-alinéa (i) de l'alinéa b) du paragraphe (1), elle peut substituer le verdict qui, à son

opinion should have been found and affirm the sentence passed by the trial court or impose a sentence that is warranted in law.

The paragraph referred to therein, i.e., 592(1)(b)(i), provides:

592. (1) On the hearing of an appeal against a conviction, the court of appeal

...

(b) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(The underlining is my own.)

In *R. v. Norcross* (1957), 24 W.W.R. 160 at 165, 27 C.R. 220, 120 C.C.C. 108 (B.C.C.A.), the Court amended a conviction of theft by reducing the amount mentioned in the charge.

I would therefore dismiss the appeal. Acting under the provisions of the *Criminal Code*, I would substitute a conviction that the appellant between the 6th day of June 1966 and the 28th day of July 1966, at the City of Ottawa, in the County of Carleton, did unlawfully obtain the sum of \$56 from Wilfred Bauer by false pretences and with intent to defraud, contrary to s. 304(1)(a) of the *Criminal Code*.

The same approach is warranted here. Acting under s. 613(1)(b)(i) and s. 613(3) of the *Criminal Code*, I would amend the indictment, delete the word "marihuana" and insert instead the word "resin", and then dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Michael N. Starr, Calgary.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

avis, aurait dû être rendu et confirmer la sentence prononcée par la cour de première instance ou imposer une sentence justifiée en droit.

Le sous-alinéa qui y est mentionné, c.-à-d. le sous-al. 592(1)(b)(i), dispose:

592. (1) Lors de l'audition d'un appel porté contre une condamnation, la cour d'appel

...

b) peut rejeter l'appel, si

(i) la cour est d'avis que l'appellant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(C'est moi qui souligne.)

Dans l'arrêt *R. v. Norcross* (1957), 24 W.W.R. 160 à la p. 165, 27 C.R. 220, 120 C.C.C. 108 (C.A.C.-B.), la Cour a modifié une déclaration de culpabilité de vol en réduisant le montant mentionné dans l'acte d'accusation.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi. Appliquant les dispositions du *Code criminel*, je suis d'avis d'inscrire une déclaration de culpabilité de l'appellant pour avoir, entre le 6 juin 1966 et le 28 juillet 1966, dans la ville d'Ottawa, comté de Carleton, illégalement obtenu la somme de 56 \$ de Wilfrid Bauer par faux-semblants et avec intention de le frauder, en contravention de l'al. 304(1)(a) du *Code criminel*.

Il y a lieu d'appliquer cette solution en l'espèce. En vertu du sous-al. 613(1)(b)(i) et du par. 613(3) du *Code criminel*, je suis d'avis de modifier l'acte d'accusation, d'enlever le mot «marihuana» et de le remplacer par les mots «résine de» et puis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Michael N. Starr, Calgary.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

J. Walter Martin, M.D. *Appellant*;

and

Isobel Margaret Perrie *Respondent*;

and

James W. Watson, M.D. *Defendant*.

File No.: 17885.

1985: October 31; 1986: January 30.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson,
Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Limitation of actions — Limitation period altered — Medical malpractice — Action statute-barred when amending legislation became effective — Action brought within period allowed by amending legislation — Whether or not amending legislation can be relied on — The Medical Act, R.S.O. 1970, c. 268, s. 48 — The Health Disciplines Act, 1974, 1974 (Ont.), c. 47 — The Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225, ss. 10, 14(1)(c).

The limitation period for bringing medical malpractice suits was amended in 1974 from a period within one year of termination of medical services to a period of within one year of the date when plaintiff learned of or ought to have known the facts giving rise to the action. Respondent, who had had a non-absorbable suture removed in 1979 from the area of an incision left by surgery performed by appellant in 1969, brought an action in negligence. Although such a malpractice suit would have been statute-barred by the pre-1974 legislation, both the Ontario Supreme Court and the Ontario Court of Appeal allowed the action to be brought in that it had been commenced within a year of the facts becoming known. At issue is whether the 1974 legislation applied to this claim admittedly made within one year of learning of the facts but more than ten years after termination of medical services at a time when the pre-1974 legislation was still in force.

Held: The appeal should be allowed.

The new limitation period did not apply to this claim. The right to bring an action in respect of these medical services had long become statute-barred before the new legislation became effective, and absent further risk from a stale claim, papers could be discarded and affairs

Docteur J. Walter Martin *Appelant*;

et

Isobel Margaret Perrie *Intimée*;

a

et

Docteur James W. Watson *Défendeur*.

N° du greffe: 17885.

b

1985: 31 octobre; 1986: 30 janvier.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

c

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

Prescription — Modification de la période de prescription — Faute médicale — Action déjà prescrite à l'entrée en vigueur de la loi modificative — Action intentée à l'intérieur du délai accordé par la loi modificative — Peut-on se fonder sur la loi modificative? — The Medical Act, R.S.O. 1970, chap. 268, art. 48 — The Health Disciplines Act, 1974, 1974 (Ont.), chap. 47 — Loi d'interprétation, R.S.O. 1970, chap. 225, art. 10, 14(1)(c).

Le délai de prescription pour intenter des poursuites pour faute médicale a été modifié en 1974, passant d'une année à partir de la date où les services médicaux ont pris fin, pour devenir une année à partir de la date à laquelle le demandeur a connu ou aurait dû connaître les faits qui donnent lieu à l'action. L'intimée, à qui on a extrait en 1979 un fil de suture non résorbable dans la région d'une incision laissée par une intervention chirurgicale pratiquée par l'appelant en 1969, a intenté une action en négligence. Bien que cette poursuite pour faute médicale ait été prescrite en vertu de la loi antérieure à 1974, la Cour suprême de l'Ontario et la Cour d'appel ont permis que l'action soit intentée parce qu'elle avait été commencée moins d'un an après que les faits ont été connus. Il s'agit de savoir si la loi de 1974 s'applique à cette demande qu'on reconnaît avoir été présentée moins d'un an après que les faits ont été connus, mais plus de dix ans après que les services médicaux ont pris fin, à une époque où la loi antérieure à 1974 était encore en vigueur.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le nouveau délai de prescription ne s'applique pas à cette demande. Le droit d'action concernant ces services médicaux était prescrit bien avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et, vu l'absence d'autre risque d'une demande caduque, l'appelant peut se départir de ses

otherwise ordered. This accrued legal right to so order one's affairs was the most telling argument against any construction ignoring or treating as of no significance the consequences. Then, too, if the legislature had intended to annul previous existing and accrued limitation defences and to revive to full life and being for an indefinite future time rights of action that had ceased to be capable of being asserted at all, the section would have been worded in a way to make manifest that intention. The effect of the predecessor section, which had already operated, could not be set aside because the starting point of the limitation period had changed.

Cases Cited

Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 271; *Maxwell v. Murphy* (1957), 96 C.L.R. 261; *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553, considered; *Upper Canada College v. Smith (F.J.)* (1921), 61 S.C.R. 413; *Kearley v. Wiley*, [1931] 3 D.L.R. 68; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Compensation to Relatives Act, 1897-1946 (N.S.W.)
Health Disciplines Act, 1974, 1974 (Ont.), c. 47, s. 17.
Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225, ss. 10, 14(1)(c).
Interpretation Act, 1967, 1967 (Malaysia), No. 23, s. 30(1)(b).
Medical Act, R.S.O. 1960, c. 234, s. 43.
Medical Act, R.S.O. 1970, c. 268, s. 48.
Rules of Court (Ont.), s. 124.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 42 O.R. (2d) 127, dismissing an appeal from a judgment of Anderson J. Appeal allowed.

John J. Robinette, Q.C., and *Glenn Smith*, for the appellant.

William Dunlop and *A. Glenn Bryant*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHOUINARD J.—The proceedings leading to this appeal originated in the Supreme Court of Ontario with a motion pursuant to Rule 124, brought by consent of the parties, to determine the

documents et ordonner ses affaires autrement. Ce droit acquis par l'effet de la loi d'ainsi ordonner ses affaires est l'argument le plus fort qu'on puisse opposer à toute interprétation qui ne fait pas de cas des conséquences ou les considère de peu d'importance. Si le législateur avait voulu supprimer les défenses de prescription existant antérieurement et réactiver ou réanimer, pour un avenir indéfini, des droits d'action qui ne pouvaient plus être exercés, l'article aurait été libellé de telle sorte que cette intention soit manifeste. L'effet de l'ancien article, qui avait déjà joué, ne peut être anéanti parce que le point de départ du délai de prescription a été modifié.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Maxwell v. Murphy* (1957), 96 C.L.R. 261; *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553; arrêts mentionnés: *Upper Canada College v. Smith (F.J.)* (1921), 61 R.C.S. 413; *Kearley v. Wiley*, [1931] 3 D.L.R. 68; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629.

Lois et règlements cités

Compensation to Relatives Act, 1897-1946 (N.-G.S.)
Health Disciplines Act, 1974, 1974 (Ont.), chap. 47, art. 17.
Interpretation Act, 1967, 1967 (Malaisie), N° 23, art. 30(1)(b).
Loi d'interprétation, R.S.O. 1970, chap. 225, art. 10, 14(1)(c).
Medical Act, R.S.O. 1960, chap. 234, art. 43.
Medical Act, R.S.O. 1970, chap. 268, art. 48.
Rules of Court (Ont.), art. 124.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 42 O.R. (2d) 127, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Anderson. Pourvoi accueilli.

John J. Robinette, c.r., et *Glenn Smith*, pour l'appellant.

William Dunlop et *A. Glenn Bryant*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CHOUINARD—L'instance à l'origine du présent pourvoi a d'abord été engagée en Cour suprême de l'Ontario par requête conjointe des parties, sur le fondement de la règle 124, qui

following question raised in the pleadings in the underlying action:

Is the action of the Plaintiff as against the Defendant J. Walter Martin, M.D. barred by the provisions of Section 43 of *The Medical Act*, R.S.O. 1960, Chapter 234 and amendments thereto?

The question was submitted on the basis of the following agreed statement of facts:

1. The Plaintiff, Isobel Margaret Perrie, resides in the City of Burlington, in the Regional Municipality of Halton, in the Province of Ontario.

2. The Defendant, J. Walter Martin, M.D., is a medical practitioner duly licensed to practice *[sic]* medicine in the Province of Ontario and carries on a practice in the specialty of general surgery in the City of Burlington.

3. On or about the 7th day of April, 1969, at the Joseph Brant Memorial Hospital, in the City of Burlington, in the Regional Municipality of Halton, in the Province of Ontario, the Defendant, J. Walter Martin, M.D., performed a colon resection and an anastomosis between the lower sigmoid colon and ascending colon, on the Plaintiff.

4. That after the post-operative examination on or about the 15th day of May, 1969, the Defendant, J. Walter Martin, M.D., did not render to the Plaintiff any further medical services whatsoever.

5. That in or about the month of January 1979 the Plaintiff began to develop serious discomfort in the area of the surgery performed by the Defendant, J. Walter Martin, M.D., on or about the 7th day of April, 1969.

6. That on or about the 16th day of November, 1979, the Defendant, James W. Watson, M.D., removed a non-absorbable suture from the area of the incision left by the surgery performed by the Defendant, J. Walter Martin, M.D., on or about the 7th day of April, 1969.

7. The Plaintiff alleges that the Defendant, J. Walter Martin, M.D., was negligent in performing the surgery on the Plaintiff on or about the 7th day of April, 1969, in that the Defendant, J. Walter Martin, M.D., failed to remove all of the sutures inserted in the Plaintiff's abdomen during the course of the surgery.

8. The Defendant, J. Walter Martin, M.D., has in his Statement of Defence, raised, *inter alia*, the provisions of section 43 of *The Medical Act*, R.S.O. 1960, Chapter 234, which section later became section 48 of *The Medical Act*, R.S.O. 1970, Chapter 268, and which section was repealed effective July 14, 1975, but which was in effect between the 7th day of April, 1969 and the 14th day of July, 1975, when it was replaced by section

saisissait la cour de la question suivante, soulevée par les actes de procédure de l'action principale:

[TRADUCTION] L'action engagée par la demanderesse contre le défendeur docteur J. Walter Martin est-elle prescrite par l'art. 43 de *The Medical Act*, R.S.O. 1960, chapitre 234 et modifications?

Cette question était soumise en rapport avec l'exposé conjoint des faits suivants:

1. La demanderesse, Isobel Margaret Perrie, réside en la ville de Burlington, dans la municipalité régionale d'Halton, province de l'Ontario.

2. Le défendeur docteur J. Walter Martin dûment autorisé à exercer la médecine dans la province de l'Ontario, exerce sa spécialité, la chirurgie générale, en la ville de Burlington.

3. Vers le 7 avril 1969, au Joseph Brant Memorial Hospital, en la ville de Burlington, municipalité régionale d'Halton, province de l'Ontario, le défendeur docteur J. Walter Martin a pratiqué sur la personne de la demanderesse une résection du côlon et une anastomose entre le côlon sigmoïde inférieur et le côlon ascendant.

4. Après l'examen postopératoire, intervenu vers le 15 mai 1969, le défendeur docteur J. Walter Martin n'a plus rendu à la demanderesse aucun service d'ordre médical quel qu'il soit.

5. Vers le mois de janvier 1979, la demanderesse a commencé à éprouver une forte douleur dans la région où le défendeur docteur J. Walter Martin avait pratiqué une intervention chirurgicale, vers le 7 avril 1969.

6. Vers le 16 novembre 1979, le défendeur docteur James W. Watson a extrait un fil de suture non résorbable dans la région de l'incision laissée par l'intervention chirurgicale pratiquée par le défendeur docteur J. Walter Martin vers le 7 avril 1969.

7. La demanderesse allègue négligence de la part du défendeur docteur J. Walter Martin lorsqu'il a pratiqué l'intervention chirurgicale sur la personne de la demanderesse vers le 7 avril 1969, le défendeur docteur J. Walter Martin n'ayant pas extrait tous les fils de suture introduits dans l'abdomen de la demanderesse au cours de l'intervention.

8. Le défendeur docteur J. Walter Martin a, en défense, invoqué, notamment, l'art. 43 de *The Medical Act*, R.S.O. 1960, chap. 234, ultérieurement devenu l'art. 48 de *The Medical Act*, R.S.O. 1970, chap. 268, puis abrogé, à compter du 14 juillet 1975, mais en vigueur entre le 7 avril 1969 et le 14 juillet 1975, date à laquelle

17 of *The Health Disciplines Act*, 1974, S.O. 1974, Chapter 47.

Section 48 of *The Medical Act*, R.S.O. 1970, c. 268 (formerly s. 43 of *The Medical Act*, R.S.O. 1960, c. 234), was in the following terms:

48. No duly registered member of the College is liable to any action for negligence or malpractice, by reason of professional services requested or rendered, unless such action is commenced within one year from the date when in the matter complained of such professional services terminated.

Section 17 of *The Health Disciplines Act*, 1974, 1974 (Ont.), c. 47, is in the following terms:

17. No duly registered member of a College is liable to any action arising out of negligence or malpractice in respect of professional services requested or rendered unless such action is commenced within one year from the date when the person commencing the action knew or ought to have known the fact or facts upon which he alleges negligence or malpractice.

As was aptly put by Dubin J. who wrote the majority judgment of the Court of Appeal (1983), 42 O.R. (2d) 127, at p. 128:

This represented a marked departure from the previous legislative provision which governed actions against physicians for negligence or malpractice.

The predecessor provision was first enacted on April 23, 1887 (*Ontario Medical Act*, R.S.O. 1887, c. 148, s. 55), and from that time and until July 14, 1975 (*Health Disciplines Act*, 1974 (Ont.), c. 47, s. 17), an action against a physician for negligence or malpractice had to be commenced within one year from the date when in the matter complained of the professional services terminated. Although actions for negligence at large have been generally governed by the *Limitations Act*, R.S.O. 1980, c. 240, which provides for a six-year period for the commencement of an action in negligence, the special provision of the *Medical Act* was enacted for the protection of the medical profession.

The clear language of the predecessor statute governing actions for malpractice or negligence permitted of no other interpretation than that the action had to be commenced within one year from the date when the physician's professional services had terminated.

In most cases the fact or facts upon which the allegation of negligence or malpractice is founded and injury discovered would become apparent within the year prescribed. However, there have been many cases where a

il fut remplacé par l'art. 17 de *The Health Disciplines Act*, 1974, 1974 (Ont.), chap. 47.

L'article 48 de *The Medical Act*, R.S.O. 1970, chap. 268 (antérieurement l'art. 43 de *The Medical Act*, R.S.O. 1960, chap. 234) était ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 48. Aucun membre dûment inscrit de l'Ordre n'est responsable en cas d'action en négligence ou pour faute médicale, en raison de services professionnels requis ou rendus, à moins que l'action ne soit intentée dans l'année à partir de la date où les services professionnels dont on se plaint ont pris fin.

L'article 17 de *The Health Disciplines Act*, 1974, 1974 (Ont.), chap. 47, porte:

[TRADUCTION] 17. Est irrecevable la poursuite intentée contre un membre dûment inscrit d'un Ordre par suite de négligence ou d'une faute commise en rapport avec les services professionnels demandés ou fournis plus d'une année à partir de la date à laquelle le demandeur a connu ou aurait dû connaître les faits sur lesquels il appuie sa demande.

Comme l'a fort bien exposé M. le juge Dubin, auteur de l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel (1983), 42 O.R. (2d) 127, à la p. 128:

[TRADUCTION] C'était là un texte nettement différent de la disposition législative antérieure qui régissait les actions intentées contre les médecins pour négligence ou faute médicale.

L'ancienne disposition avait d'abord été adoptée le 23 avril 1887 (*The Ontario Medical Act*, R.S.O. 1887, chap. 148, art. 55) et, depuis cette époque, jusqu'au 14 juillet 1975 (*The Health Disciplines Act*, 1974, 1974 (Ont.), chap. 47, art. 17), une action contre un médecin pour négligence ou faute médicale devait avoir été intentée dans l'année à partir de la date où les services professionnels dont on se plaignait avaient pris fin. Bien que les actions ordinaires en négligence soient régies par la *Loi sur la prescription*, L.R.O. 1980, chap. 240, qui prévoit une prescription de six ans pour l'action en négligence, la disposition spéciale de *The Medical Act* a été adoptée pour la protection de la profession médicale.

Le texte clair de l'ancienne loi régissant les actions pour faute médicale ou négligence n'autorisait d'autre interprétation que celle voulant que l'action soit intentée dans l'année à partir de la date où les services professionnels du médecin avaient pris fin.

Dans la plupart des cas, le ou les faits sur lesquels l'allégation de négligence ou de faute médicale se fonde, et le dommage, sont découverts et deviennent apparents dans l'année prévue. Cependant, il est souvent arrivé

patient would be completely unaware that there had been anything untoward about his treatment, and no evidence of injury until after the limitation period had expired and would thus be left without any remedy through no fault of his own.

However, the question remains whether the new section applies to the plaintiff's claim made admittedly less than one year after she knew the facts giving rise to it but more than ten years after the defendant's services to her terminated while at the relevant time the predecessor section was in force.

The trial judge (1982), 135 D.L.R. (3d) 187, decided the issue in favour of the respondent (plaintiff) and his judgment was confirmed by the majority of the Court of Appeal, Thorson J.A. dissenting.

In the appellant's submission the plaintiff's claim was barred by the provisions of s. 43 of *The Medical Act*, R.S.O. 1960, c. 234. The appellant's right to immunity from any claim of the plaintiff was a substantive, vested right prior to the date of the enactment of s. 17 of *The Health Disciplines Act, 1974* and, therefore, s. 17 of *The Health Disciplines Act, 1974* cannot be construed as retrospective.

The appellant relies on s. 14(1)(c) of *The Interpretation Act*, R.S.O. 1970, c. 225:

14.—(1) Where an Act is repealed or where a regulation is revoked, the repeal or revocation does not, except as in this Act otherwise provided,

(c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the Act, regulation or thing so repealed or revoked;

In the respondent's submission, s. 17 of *The Health Disciplines Act, 1974* "was enacted by the Provincial Legislature to protect members of the public at large who are medical patients from time to time against the inability of asserting their rights in the civil courts in circumstances of the absence of knowledge about their case caused by

qu'un patient ignore complètement que quelque chose en rapport avec son traitement n'allait pas et qu'aucune preuve de dommage n'apparaisse avant que la prescription n'ait été acquise, le privant ainsi de tout recours sans qu'il en soit de sa faute.

Toutefois, la question demeure de savoir si le nouvel article s'applique à la demanderesse, dont la demande a été faite, cela est constant, moins d'un an après qu'elle a eu connaissance des faits qui la fondent, mais plus de dix ans après que les services que lui a fournis le défendeur aient pris fin, alors qu'à l'époque c'était l'ancien article qui était en vigueur.

Le juge de première instance (1982), 135 D.L.R. (3d) 187, a disposé du litige en faveur de l'intimée (la demanderesse) et son jugement a été confirmé par la Cour d'appel à la majorité, le juge Thorson étant dissident.

D'après ce que prétend l'appellant, la réclamation de la demanderesse serait prescrite, vu les dispositions de l'art. 43 de *The Medical Act*, R.S.O. 1960, chap. 234. Le droit de l'appellant à la prescription extinctive, qui le protège de toute demande que pourrait tenter la demanderesse, était un droit matériel et constituait un droit acquis avant l'adoption de l'art. 17 de *The Health Disciplines Act, 1974* et donc, l'art. 17 de *The Health Disciplines Act, 1974* ne peut être appliqué rétroactivement.

L'appellant invoque l'al. 14(1)(c) de la *Loi d'interprétation*, R.S.O. 1970, chap. 225:

14.—(1) Sous réserve des dispositions contraires de la présente loi, l'abrogation d'une loi ou d'un règlement:

c) ne porte pas atteinte aux droits ni aux privilèges acquis, ni aux obligations échues ou à échoir, ni aux responsabilités encourues en vertu de ce texte ou de cette situation;

L'intimée allègue que l'art. 17 de *The Health Disciplines Act, 1974* [TRADUCTION] «a été adopté par le corps législatif provincial pour protéger le public en général, patients éventuels pour les médecins à un moment ou à un autre, contre l'impossibilité de faire valoir leurs droits devant les tribunaux civils au cas où ils ignoreraient leur état,

the logical impossibility of knowing (the absence of symptomatology) or the intentional non-disclosure of information by potential defendants.”

The respondent relies on s. 10 of *The Interpretation Act*:

10. Every Act shall be deemed to be remedial, whether its immediate purport is to direct the doing of anything that the Legislature deems to be for the public good or to prevent or punish the doing of anything that it deems to be contrary to the public good, and shall accordingly receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit.

On behalf of the respondent, “It is submitted that section 17 of The Health Disciplines Act . . . represents a statutory change in the law insofar [sic] as the limitation period as prescribed by the said Health Disciplines Act . . . is referable to the date when the putative plaintiff knew or ought to have known the facts upon which he or she alleges negligence or malpractice and is not referable to the date that the professional services claimed of were terminated. It is submitted the statutory change in law must be interpreted in accordance with section 10 of The Interpretation Act . . . and that the public interest inherent in the individual’s ability to assert his civil rights must be the paramount consideration.”

The respondent further submitted that the wording of s. 17 of *The Health Disciplines Act, 1974* necessarily and distinctly implies retrospective operation.

On retrospectivity, Dickson J., as he then was, wrote in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 279:

First, retrospectivity. The general rule is that statutes are not to be construed as having retrospective operation unless such a construction is expressly or by necessary implication required by the language of the Act. An amending enactment may provide that it shall be deemed to have come into force on a date prior to its enactment or it may provide that it is to be operative with respect to transactions occurring prior to its enact-

par suite de l’impossibilité logique de le connaître (absence de symptômes) ou de la non-divulgation intentionnelle d’informations par les défendeurs éventuels.»

L’intimée fait valoir l’art. 10 de la *Loi d’interprétation*:

10. La loi est réputée réparatrice, qu’elle ait pour objet immédiat d’imposer un comportement que le législateur estime être dans l’intérêt du public ou qu’elle empêche ce qui lui paraît contraire. Elle doit faire l’objet d’une interprétation large, juste et libérale, afin d’assurer la réalisation de son objet selon son sens, son intention et son esprit véritables.

Au nom de l’intimée, [TRADUCTION] «Il est allégué que l’art. 17 de The Health Disciplines Act . . . constitue une modification du droit par la voie législative, en ce que le délai de prescription prévu par ladite loi . . . se réfère à la date où le demandeur putatif a connu ou aurait dû connaître les faits sur lesquels il se fonde pour alléguer négligence ou faute médicale, et non à la date où les services professionnels dont on se plaint ont pris fin. Il est allégué que cette modification du droit par la voie législative doit être interprétée conformément à l’art. 10 de la Loi d’interprétation . . . et que l’intérêt public inhérent à la capacité de l’individu de faire valoir ses droits au civil devrait prévaloir.»

L’intimée fait en outre valoir que le texte de l’art. 17 de *The Health Disciplines Act, 1974* fait nécessairement et expressément intervenir un effet rétroactif.

Sur la rétroactivité, le juge Dickson, maintenant juge en chef, a écrit dans l’arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, à la p. 279:

Premièrement, la rétroactivité. Selon la règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n’exige implicitement une telle interprétation. Une disposition modificatrice peut prévoir qu’elle est censée être entrée en vigueur à une date antérieure à son adoption, ou qu’elle porte uniquement sur les transactions conclues avant son

ment. In those instances the statute operates retrospectively.

At page 282, in the same judgment, he wrote with respect to vested rights:

Second, interference with vested rights. The rule is that a statute should not be given a construction that would impair existing rights as regards person or property unless the language in which it is couched requires such a construction: *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, at p. 638. The presumption that vested rights are not affected unless the intention of the legislature is clear applies whether the legislation is retrospective or prospective in operation. A prospective enactment may be bad if it affects vested rights and does not do so in unambiguous terms. This presumption, however, only applies where the legislation is in some way ambiguous and reasonably susceptible of two constructions.

The High Court of Australia in *Maxwell v. Murphy* (1957), 96 C.L.R. 261, considered the question of retrospectivity. Under s. 5 of the *Compensation to Relatives Act, 1897-1946* (N.S.W.), an action had to be commenced within twelve months of the death of the deceased. The Act was amended as from December 16, 1953 by replacing the words "twelve months" by the words "six years". On November 30, 1954, an action was commenced by the plaintiff in respect of the death of her husband which had occurred on March 19, 1951. It was held that the amendment did not operate to revive the plaintiff's right to maintain an action which had been barred from March 19, 1952.

At pages 277-78, Williams J. said:

Statutes of limitation are often classed as procedural statutes. But it would be unwise to attribute a prima facie retrospective effect to all statutes of limitation. Two classes of case can be considered. An existing statute of limitation may be altered by enlarging or abridging the time within which proceedings may be instituted. If the time is enlarged whilst a person is still within time under the existing law to institute a cause of action the statute might well be classed as procedural. Similarly if the time is abridged whilst such person is still left with time within which to institute a cause of action, the abridgment might again be classed as procedural. But if the time is enlarged when a person is out of

adoption. Dans ces deux cas, elle a un effet rétroactif.

À la page 282 du même arrêt, il dit, parlant des droits acquis:

Deuxièmement, l'interférence avec des droits acquis. Selon la règle, une loi ne doit pas être interprétée de façon à porter atteinte aux droits existants relatifs aux personnes ou aux biens, sauf si le texte de cette loi exige une telle interprétation: *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, à la p. 638. La présomption selon laquelle une loi ne porte pas atteinte aux droits acquis à moins que la législature ait clairement manifesté l'intention contraire, s'applique sans discrimination, que la loi ait une portée rétroactive ou qu'elle produise son effet dans l'avenir. Ce dernier type de loi peut être mauvais s'il porte atteinte à des droits acquis sans l'exprimer clairement. Toutefois, cette présomption s'applique seulement lorsque la loi est d'une quelconque façon ambiguë et logiquement susceptible de deux interprétations.

La Haute Cour de l'Australie, dans l'arrêt *Maxwell v. Murphy* (1957), 96 C.L.R. 261, était saisie d'une question de rétroactivité. En vertu de l'art. 5 de la *Compensation to Relatives Act, 1897-1946* (N.-G.S.), l'action devait être intentée dans les douze mois suivant la mort de la victime. La Loi fut modifiée le 16 décembre 1953, les termes [TRADUCTION] «douze mois» étant remplacés par les termes [TRADUCTION] «six ans». Le 30 novembre 1954, la demanderesse intentait une action à la suite de la mort de son mari, survenue le 19 mars 1951. On a jugé que la modification n'avait pas pour effet de faire revivre le droit d'action de la demanderesse, prescrit depuis le 19 mars 1952.

Aux pages 277 et 278, le juge Williams dit:

[TRADUCTION] Les lois de prescription sont souvent qualifiées de lois de procédure. Mais il serait peu sage d'attribuer en principe un effet rétroactif à toutes les lois de prescription. Deux genres de cas peuvent se poser. Une loi de prescription en vigueur peut être modifiée soit en allongeant soit en réduisant le délai dans lequel la procédure doit être engagée. Si le délai est allongé alors qu'un justiciable est toujours dans le délai, en vertu du droit en vigueur, pour intenter l'action, la loi pourrait alors être qualifiée de loi de procédure. De même, si le délai est réduit alors que ce justiciable est toujours dans le délai où il peut intenter son action, le délai plus court peut, encore une fois, être qualifié de procédural. Mais si

time to institute a cause of action so as to enable the action to be brought within the new time or is abridged so as to deprive him of time within which to institute it whilst he still has time to do so, very different considerations could arise. A cause of action which can be enforced is a very different thing to a cause of action the remedy for which is barred by lapse of time. Statutes which enable a person to enforce a cause of action which was then barred or provide a bar to an existing cause of action by abridging the time for its institution could hardly be described as merely procedural. They would affect substantive rights.

This passage was quoted with approval by the Privy Council in *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553, at p. 562. In that case a Public Authorities Protection Ordinance was amended to extend the period of limitation after the plaintiffs' right of action had been barred. Section 30(1)(b) of the Malaysian *Interpretation Act, 1967*, is to the same effect as s. 14(1)(c) of *The Interpretation Act, supra*. The Privy Council held that an entitlement to plead a time-bar, acquired by a defendant constituted an accrued right which was protected by s. 30(1)(b) of the Malaysian *Interpretation Act, 1967* and that any legislation extending a limitation period (whether or not the legislation was to be classified as procedural) was not to be construed retrospectively so as to deprive a defendant of that defence.

After quoting the above passage of Williams J. in *Maxwell v. Murphy, supra*, Lord Brightman, who delivered the judgment of the Privy Council, went on to say at pp. 562-63:

The Federal Court in the present case accepted the reasoning of Williams J., and concluded by saying:

"On the failure of the (plaintiffs) to commence action within the specified period the (defendants) had acquired an 'accrued right' which was designed to give them immunity for acts done in the discharge of their public duties. That right was well preserved by the Interpretation Act 1967 It therefore seems to us that in the circumstances of this case, the time for the claim was not enlarged by (the Act of 1974). The Act is not retroactive in operation and has no applica-

le délai est allongé alors que le justiciable est hors délai pour engager l'action, de sorte que celle-ci pourra alors être intentée dans le nouveau délai, ou s'il est réduit, de sorte que le justiciable ne se trouve plus dans le délai lui permettant d'intenter l'action, alors qu'il était toujours dans les délais pour le faire, des questions fort différentes surgissent alors. Le droit d'action qu'on peut exercer diffère fort du droit dont le recours est prescrit parce que tardif. Les lois qui permettent au justiciable d'exercer un droit d'action auparavant prescrit, ou qui interdisent de l'exercer, en réduisant le délai pour agir, ne sauraient être considérées que difficilement comme de simples lois de procédure. Elles affectent des droits matériels.

Le Conseil privé approuve ce passage, qu'il cite, dans son arrêt *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553, à la p. 562. Dans cette affaire, une ordonnance sur l'immunité des autorités publiques avait été modifiée pour allonger le délai de prescription après que le droit d'action des demandeurs eut été prescrit. L'alinéa 30(1)(b) de l'*Interpretation Act, 1967* de la Malaisie va dans le même sens que l'al. 14(1)(c) de la *Loi d'interprétation*, précitée. Le Conseil privé a jugé que le droit d'invoquer la prescription, acquis par un défendeur, constituait un droit acquis que protégeait l'al. 30(1)(b) de l'*Interpretation Act, 1967* de la Malaisie et que toute loi allongeant le délai de prescription (qu'on la qualifie ou non de loi de procédure) ne devait pas recevoir une interprétation rétroactive qui priverait le défendeur de ce moyen de défense.

Ayant cité le passage ci-dessus du juge Williams dans l'arrêt *Maxwell v. Murphy*, précité, lord Brightman, auteur de l'arrêt du Conseil privé, poursuit, aux pp. 562 et 563:

[TRADUCTION] La Cour fédérale en l'espèce a fait sienne le raisonnement du juge Williams et a conclu comme suit:

«À cause de l'omission des (demandeurs) d'intenter l'action dans le délai prévu, les (défendeurs) ont bénéficié d'un «droit acquis» conçu pour leur assurer l'immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions publiques. Ce droit est fort bien préservé par l'*Interpretation Act* de 1967 . . . Il nous semble donc que, dans le cas d'espèce, le délai imparti pour intenter l'action n'a pas été allongé par (la Loi de 1974). La Loi n'a pas d'effet rétroactif, ni aucune

tion to a cause of action which was barred before the Act came into operation.”

With that conclusion their Lordships entirely agree. They would wish to add only a few observations.

Whether a statute has a retrospective effect cannot in all cases safely be decided by classifying the statute as procedural or substantive

Their Lordships consider that the proper approach to the construction of the Act of 1974 is not to decide what label to apply to it, procedural or otherwise, but to see whether the statute, if applied retrospectively to a particular type of case, would impair existing rights and obligations

In their Lordships' view, an accrued right to plead a time bar, which is acquired after the lapse of the statutory period, is in every sense a right, even though it arises under an act which is procedural. It is a right which is not to be taken away by conferring on the statute a retrospective operation, unless such a construction is unavoidable.

Further, on p. 563, Lord Brightman said:

The briefest consideration will expose the injustice of the contrary view. When a period of limitation has expired, a potential defendant should be able to assume that he is no longer at risk from a stale claim. He should be able to part with his papers if they exist and discard any proofs of witnesses which have been taken; discharge his solicitor if he has been retained; and order his affairs on the basis that his potential liability has gone. That is the whole purpose of the limitation defence.

Similar principles were applied by this Court in *Upper Canada College v. Smith (F.J.)* (1921), 61 S.C.R. 413, and likewise by the Ontario Court of Appeal in *Kearley v. Wiley*, [1931] 3 D.L.R. 68.

In *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, Duff C.J. wrote at p. 638:

A legislative enactment is not to be read as prejudicially affecting accrued rights, or “an existing status” (*Main v. Stark*, (1890) 15 App. Cas. 384, at 388), unless the language in which it is expressed requires such a construction. The rule is described by Coke as a “law of Parliament” (2 Inst. 292), meaning, no doubt, that it is a rule based on the practice of Parliament; the underlying

application à un droit d'action prescrit avant qu'elle n'entre en vigueur.»

Leurs Seigneuries souscrivent entièrement à cette conclusion. Elles ne désirent ajouter que quelques observations.

On ne peut en toute sûreté décider, dans tous les cas, si une loi a un effet rétroactif en qualifiant la loi de loi de fond ou de loi de procédure

Leurs Seigneuries estiment que la démarche appropriée en matière d'interprétation de la Loi de 1974 ne consiste pas à décider quelle étiquette lui appliquer, de procédure ou autre, mais plutôt de voir si la loi, au cas où elle serait appliquée rétroactivement à un genre particulier d'affaires, porterait atteinte à des droits et à des obligations existants

De l'avis de leurs Seigneuries, un droit acquis d'invoquer la prescription, acquis après que la prescription extinctive a couru, est dans toute l'acceptation du terme un droit, même si c'est une loi de procédure qui le crée. C'est un droit qu'on ne saurait enlever en conférant à la loi un effet rétroactif, à moins qu'une telle interprétation ne soit inévitable.

Plus loin, à la p. 563, lord Brightman écrit:

[TRADUCTION] L'examen, même le plus sommaire, de l'opinion contraire en montre toute l'injustice. Lorsque la prescription extinctive est acquise, le défendeur éventuel devrait pouvoir présumer qu'il n'a plus à craindre une demande maintenant caduque. Il devrait pouvoir se départir de ses documents, s'ils existent, et des notes concernant les témoignages de ses témoins qui ont été prises; mettre fin au mandat de son avocat, s'il en a retenu un, et ordonner ses affaires en prenant pour acquis qu'il n'encourt plus aucune responsabilité. C'est là la raison d'être de la défense de prescription.

Notre Cour a déjà appliqué des principes similaires dans son arrêt *Upper Canada College v. Smith (F.J.)* (1921), 61 R.C.S. 413, de même la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *Kearley v. Wiley*, [1931] 3 D.L.R. 68.

Dans l'arrêt *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, le juge en chef Duff écrivait à la p. 638:

[TRADUCTION] On ne doit pas interpréter une disposition législative de manière qu'elle porte atteinte aux droits acquis ou à «un statut actuel» (*Main v. Stark*, (1890) 15 App. Cas. 384, à la p. 388), à moins que son texte ne requière cette interprétation. Coke considère cette règle comme une «loi du Parlement» (2 Inst. 292), voulant sans doute dire par là que c'est une règle fondée

ing assumption being that, when Parliament intends prejudicially to affect such rights or such a status, it declares its intention expressly, unless, at all events, that intention is plainly manifested by unavoidable inference.

The majority of the Court of Appeal distinguished the earlier cases on the basis that in those cases the limitation period was merely extended or abridged, whereas in this case it is the starting point which has been changed. The majority reasons state at pp. 133-34:

In the cases heretofore referred to, the amendment to the limitation period under consideration merely extended or limited the time to commence an action from the date at which the accident had occurred. The fact or facts upon which the actions were founded related to events which had already passed and were known or ought to have been known within the then prescribed limitation period

In this case the plaintiff had no cause of action to assert within the repealed limitation period. The fact upon which this action is based was the discovery on November 16, 1979, that a non-absorbable suture had not been removed during the surgical procedure which was conducted in 1969, and this action was commenced within one year from discovery of that fact. To permit this action to proceed therefore would, in my opinion, not give a retrospective effect to the new provision of the *Health Disciplines Act*. It is true that the action is founded upon malpractice or negligence which occurred in 1969, but a statute is not properly called a retrospective statute because a part of the requisites for its action is drawn from time antecedent to its passing.

With respect, I do not agree. That distinction alone is not sufficient in my view to set aside the effect of the predecessor section which had already operated. Under that section "No . . . member of the College is liable . . . unless such action is commenced within one year from the date when in the matter complained of such professional services terminated." By May 15, 1970 then the appellant was declared by law not liable to any action for negligence or malpractice, by reason of professional services rendered prior to May 15, 1969 or on that date.

sur la pratique parlementaire, la présomption sous-jacente étant que, lorsque le Parlement entend porter atteinte à de tels droits, à un tel statut, il fait connaître son intention expressément à moins, en tout les cas, que son intention ne soit parfaitement manifeste par déduction irrésistible.

La majorité en Cour d'appel a établi une distinction entre l'espèce et ces précédents parce que, dans ceux-ci le délai de prescription n'avait été qu'allongé ou réduit, alors qu'en l'espèce c'est son point de départ qui est modifié. Les motifs de la majorité disent, aux pp. 133 et 134:

[TRADUCTION] Dans les affaires précitées, la modification apportée à la prescription dont on était saisi ne faisait qu'allonger ou réduire le délai d'introduction de l'action, qui courait depuis la date où s'était produit l'accident. Le fait ou les faits sur lesquels les actions étaient fondées se rapportaient à des événements qui avaient déjà eu lieu et étaient connus ou auraient dû être connus au cours du délai de prescription alors prévu . . .

En l'espèce, la demanderesse n'avait plus aucun droit à exercer dans le délai de prescription maintenant abrogé. Le fait sur lequel cette action se fonde est la découverte, le 16 novembre 1979, qu'un fil de suture non résorbable n'a pas été enlevé au cours de l'intervention chirurgicale qui a eu lieu en 1969, et l'action a été intentée dans l'année de la découverte de ce fait. Permettre à l'action de suivre son cours donc ne donnerait pas, à mon avis, un effet rétroactif à la nouvelle disposition de *The Health Disciplines Act*. Il est vrai que l'action se fonde sur une faute médicale ou une négligence remontant à 1969, mais une loi ne saurait être qualifiée de rétroactive simplement parce que certains fondements de l'action qu'elle autorise sont antérieurs à son adoption.

Avec égards, je ne saurais en convenir. Cette distinction à elle seule ne suffit pas, à mon avis, à anéantir l'effet de l'ancien article qui avait déjà joué. En vertu de cet article «Aucun membre . . . de l'Ordre n'est responsable . . . à moins que l'action ne soit intentée dans l'année à partir de la date où les services professionnels dont on se plaint ont pris fin.» Donc, le 15 mai 1970, le droit déclarait que l'appelant n'était pas responsable en cas d'action, pour négligence ou pour faute médicale, en raison de services professionnels rendus avant le 15 mai 1969 inclusivement.

I adopt the following passage at p. 138, in the reasons for judgment of Thorson J.A., dissenting in the Court of Appeal:

The services performed in this case are an altogether different matter. The right to bring an action in respect of them had become statute-barred long before July 14, 1975, and the defendant in this case had every right to assume that he was "no longer at risk from a stale claim" in respect of them. The prescribed one-year period since the services were fully performed having gone by, this defendant, in common with all other medical practitioners who performed services at a time when the old law was in effect, was thus fully entitled to assume that he could "part with his papers" and "discard any proofs" which might have been taken, and could otherwise "order his affairs on the basis that his potential liability has gone".

His accrued legal right to order his affairs on the above basis is, in my opinion, the single most telling argument against any construction of the new legislation which either ignores, or treats as a matter of no significance, the consequences of any actual such ordering of affairs by a medical practitioner in the position of this defendant.

It was further stated in the majority judgment of the Court of Appeal at p. 135:

I see nothing in the new provision which would limit the right of action only to those cases which have not yet been statute-barred pursuant to the repealed section of the *Medical Act* at the time of the new enactment, which was the position taken by counsel for the appellants. If the legislative assembly intended such a limitation, the section, in my opinion, would have been so worded.

In my respectful view a complete answer to this proposition is to be found in the following passage at pp. 138-39, in the reasons of Thorson J.A., which I adopt:

My brother Dubin in his reasons concludes that if the Legislature had intended to limit the right of action referred to in s. 17 of the new Act only to those actions which had not yet become statute-barred at the time of the new enactment, the section would have been so worded. With great respect, I would put the matter the other way around and say that if the Legislature had intended to annul previous existing and accrued limitations defences and to revive to full life and being for an indefinite future time rights of action that had ceased to be capable of being asserted at all under the law as it

Je fais mien le passage suivant, à la p. 138, des motifs de l'opinion du juge Thorson, dissident en Cour d'appel:

[TRADUCTION] Quant aux services rendus en l'espèce, il s'agit de toute autre chose. Le droit d'action les concernant était prescrit bien avant le 14 juillet 1975 et le défendeur en l'espèce avait parfaitement le droit de présumer qu'il n'avait «plus à craindre une demande maintenant caduque» à leur égard. Le délai d'un an à partir de la date à laquelle les services ont été entièrement fournis s'étant écoulé, ce défendeur, comme tous les autres médecins en exercice qui ont fourni des services à une époque où l'ancienne loi était en vigueur, avait donc parfaitement le droit de présumer qu'il pouvait «se départir de ses documents» et «des notes concernant les témoignages» qui auraient pu être prises, et par ailleurs «ordonner ses affaires en prenant pour acquis qu'il n'en-court plus aucune responsabilité».

Son droit acquis par l'effet de la loi d'ordonner ses affaires selon cette prémisse est, à mon avis, l'argument le plus fort qu'on puisse opposer à toute interprétation de la nouvelle loi qui ne fait pas de cas ou considère de peu d'importance les conséquences que représente pour un médecin pratiquant se trouvant dans la situation du défendeur le fait d'ordonner ainsi ses affaires.

L'arrêt de la majorité en Cour d'appel ajoute, à la p. 135:

[TRADUCTION] Je ne vois rien dans la nouvelle disposition qui puisse limiter le droit d'action aux seules affaires qui n'avaient pas encore été prescrites par l'ancien article de *The Medical Act*, au moment de l'adoption du nouveau texte, soit la position prise par l'avocat des appelants. Si l'assemblée législative avait voulu une telle restriction, l'article, à mon avis, aurait été libellé en conséquence.

À mon humble avis, le passage suivant, aux pp. 138 et 139, des motifs du juge Thorson répond parfaitement à cette affirmation et je le fais mien:

[TRADUCTION] Mon collègue Dubin, dans ses motifs, conclut que si le corps législatif avait voulu limiter le droit d'action, dont il est question à l'art. 17 de la nouvelle loi, aux seules actions qui n'étaient pas encore prescrites au moment de l'adoption du nouveau texte, l'article aurait été libellé en conséquence. Avec les plus grands égards, j'inverserais la proposition et dirais que si le corps législatif avait voulu supprimer les défenses de prescription existant antérieurement et réactiver ou réanimer, pour un avenir indéfini, des droits d'action qui ne pouvaient plus être exercés selon la loi, telle qu'elle était

was before 1975, the section would surely have been worded in such a way as to make manifest that intention.

Leave to appeal in this case was granted "on condition that the costs of the Respondent for this application and of the appeal shall be paid by the Applicant in any event of the cause".

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and of the Supreme Court, and declare that the action of the plaintiff as against the defendant, J. Walter Martin, M.D., is barred by the provisions of s. 43 of *The Medical Act*, R.S.O. 1960, c. 234, and amendments thereto. The appellant will pay the respondent's costs in this Court. The appellant is entitled to his costs in the Court of Appeal and in the Supreme Court of Ontario.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: McCarthy and McCarthy, Toronto.

Solicitors for the respondent: Martin, Dunlop, Hillyer, Burlington.

avant 1975, l'article aurait sûrement été libellé de telle sorte que cette intention soit rendue manifeste.

L'autorisation de pourvoi en l'espèce a été accordée [TRADUCTION] «à condition que les frais de l'intimée relatifs à la demande et au pourvoi soient payés par le requérant quelle que soit l'issue de la cause».

^b Par ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour suprême, et de déclarer que l'action que la demanderesse prétend intenter contre le défendeur docteur J. Walter Martin est prescrite vu les dispositions de l'art. 43 de *The Medical Act*, R.S.O. 1960, chap. 234, et modifications. L'appelant paiera les frais de l'intimée en cette Cour. Il aura droit à ses dépens en Cour d'appel et en Cour suprême de l'Ontario.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: McCarthy and McCarthy, Toronto.

^e *Procureurs de l'intimée: Martin, Dunlop, Hillyer, Burlington.*

City of Brossard *Appellant*;

and

Louis Pelletier *Respondent*.

File No.: 18304.

1986: February 5.

Present: Beetz, Chouinard, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Appeal — Expropriation — Right of the expropriating party to appeal from an order of the Expropriation Tribunal fixing the final indemnity to be paid to the lessee of an expropriated immovable.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 475, [1983] R.D.J. 502, allowing respondent's motion for the dismissal of appellant's appeal from an order of the Expropriation Tribunal, [1983] T.E. 61 (*sub nom. Ville de Brossard c. Parc des maisons mobiles Le domaine Camflo Inc.*), fixing the final indemnity to be paid to respondent. Appeal allowed.

Clermont Vermette, Q.C., and *Réjean Rioux*, for the appellant.

J. L. Guilbeault, Q.C., for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

BEETZ J.— We are all of the opinion that this appeal should be allowed.

We adopt the reasoning of Mayrand J. without expressing, however, any opinion on s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had that section been in force at the time.

The judgment of the Court of Appeal, dated November 22, 1983, is set aside and the motion to dismiss the appeal is disallowed, the whole with costs both here and in the Court of Appeal.

Ville de Brossard *Appelante*;

et

Louis Pelletier *Intimé*.

N° du greffe: 18304.

1986: 5 février.

Présents: Les juges Beetz, Chouinard, Lamer, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Appel — Expropriation — Droit de l'expropriant d'interjeter appel d'une ordonnance du Tribunal de l'expropriation fixant l'indemnité définitive payable au locataire d'un immeuble exproprié.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 475, [1983] R.D.J. 502, qui a accueilli la requête de l'intimé pour rejet de l'appel de l'appelante à l'encontre d'une ordonnance du Tribunal de l'expropriation, [1983] T.E. 61 (*sub nom. Ville de Brossard c. Parc des maisons mobiles Le domaine Camflo Inc.*), fixant l'indemnité définitive payable à l'intimé. Pourvoi accueilli.

Clermont Vermette, c.r., et *Réjean Rioux*, pour l'appelante.

J. L. Guilbeault, c.r., pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE BEETZ — Nous sommes tous d'avis d'accueillir ce pourvoi.

Nous faisons nôtres les motifs de M. le juge Mayrand sans pour autant exprimer d'avis sur l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* si celui-ci avait été en vigueur et applicable à l'époque.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel le 22 novembre 1983 est infirmé et la requête en rejet d'appel est rejetée, le tout avec dépens tant en cette Cour qu'en Cour d'appel.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Vermette, Dunton, De Wever, Caron, Rainville & Toupin, Montréal.

Solicitors for the respondent: Villeneuve, Pigeon, Clément, Guilbeault, Laurendeau & Herbert, Montréal.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Vermette, Dunton, De Wever, Caron, Rainville & Toupin, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Villeneuve, Pigeon, Clément, Guilbeault, Laurendeau & Herbert, Montréal.

René Bellerose, Michel Bellerose, Denise Bellerose *Appellants*;

and

Attorney General of Quebec *Respondent*.

File No.: 17963.

1986: February 26.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Jurisdiction — Procedure — Accused charged with same offences in separate informations — Joint trial — No jurisdiction to try simultaneously separate informations.

Cases Cited

Phillips and Phillips v. The Queen, [1983] 2 S.C.R. 161; *Khan v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 62, followed.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 717.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 83-857, dismissing, by a majority, the appeals of appellants from their convictions on charges of assaulting peace officers entered by the Superior Court allowing in part appeals from their convictions entered by Sylvestre J. of the Court of Sessions of the Peace. Appeal allowed.

Alain Généreux, for the appellants.

Maurice Parent, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

BEETZ J.—In light of *Phillips and Phillips v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 161, and *Khan v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 62, the trial judge lacked jurisdiction. The appeal is allowed, the judgments of the Court of Appeal and the trial court are set aside, the conviction of appellants is quashed and it is ordered that appellants be tried in accordance with the law.

René Bellerose, Michel Bellerose, Denise Bellerose *Appelants*;

et

Procureur général du Québec *Intimé*.

N° du greffe: 17963.

1986: 26 février.

b Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

c *Droit criminel — Compétence — Procédure — Prévenus inculpés des mêmes infractions dans des dénonciations distinctes — Procès conjoint — Absence de compétence pour juger simultanément des dénonciations distinctes.*

d **Jurisprudence**

Arrêts suivis: *Phillips et Phillips c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 161; *Khan c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 62.

e **Lois et règlements cités**

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 717.

f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 83-857, qui a rejeté, à la majorité, les appels des appelants à l'encontre de leurs déclarations de culpabilité de voies de fait contre des agents de la paix prononcées par la Cour supérieure qui avait accueilli en partie les appels de leurs déclarations de culpabilité prononcées par le juge Sylvestre de la Cour des sessions de la paix. *g* Pourvoi accueilli.

Alain Généreux, pour les appelants.

h *Maurice Parent*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

i LE JUGE BEETZ—Vu les arrêts *Phillips et Phillips c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 161 et *Khan c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 62, le juge du procès se trouvait sans compétence. Le pourvoi est accueilli, les jugements de la Cour d'appel et de première instance sont infirmés, la condamnation des appelants est annulée et il est ordonné que les appelants subsistent leur procès conformément à la loi.

Pursuant to s. 717 of the *Criminal Code*, it is ordered that no civil proceedings be taken against the judge of Sessions of the Peace in respect of the convictions in question.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Généreux & Simard, Joliette.

Solicitor for the respondent: Maurice Parent, Joliette.

En vertu de l'art. 717 du *Code criminel*, il est ordonné qu'aucune procédure civile ne soit prise contre le juge des sessions de la paix à l'égard des condamnations en l'espèce.

^a *Jugement en conséquence.*

Procureurs des appelants: Généreux & Simard, Joliette.

Procureur de l'intimé: Maurice Parent, Joliette.

Hillis Oil and Sales Limited *Appellant*;

and

Wynn's Canada, Ltd. *Respondent*.

File No.: 17669.

1984: November 2; 1986: February 28.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Lamer and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA

Contract — Distributorship — Termination by manufacturer without cause — Whether required reasonable notice — Clause providing for termination by manufacturer with immediate effect in the event of breach of agreement by distributor, insolvency of distributor, or change in partnership of distributor — Other clause providing for termination by manufacturer and distributor at any time with or without cause — Whether inclusion of words “upon the giving of such notice, this Agreement shall be cancelled, terminated and at an end” in first clause and their omission in second clause created ambiguity as to whether distributorship agreement could be terminated with immediate effect pursuant to the second clause or only upon giving reasonable notice — Application of the contra proferentem rule of construction.

Appellant was an exclusive distributor of respondent's products for some ten years in the Maritime Provinces. The standard terms of the distributorship agreement offered by the respondent were not subject to negotiation or modification. Respondent purported to terminate the distributorship agreement with immediate effect pursuant to clause 23 of the agreement, which provided that the manufacturer and distributor could terminate the agreement at any time with or without cause. Clause 20 of the agreement provided that in the event of breach of the agreement by the distributor, insolvency of the distributor or change in partnership of the distributor, the manufacturer could give notice of termination of the agreement and that “upon the giving of such notice, this Agreement shall be cancelled, terminated and at an end”.

The issue was whether, in view of the inclusion of the underlined words in clause 20 and their omission in clause 23, the latter clause should be construed as impliedly requiring reasonable notice of termination. The Trial Division held that the agreement could be terminated pursuant to clause 23 only upon giving reasonable notice and that reasonable notice of termina-

Hillis Oil and Sales Limited *Appelante*;

et

Wynn's Canada, Ltd. *Intimée*.

N° du greffe: 17669.

1984: 2 novembre; 1986: 28 février.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et
Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSE

Contrats — Distribution — Résiliation par le fabricant sans motif — Un avis suffisant est-il requis? — Article prévoyant la résiliation du contrat par le fabricant avec effet immédiat s'il y a violation du contrat par le distributeur, insolvabilité de ce dernier ou changement dans sa société — Autre article prévoyant la résiliation par le fabricant ou le distributeur, n'importe quand, avec ou sans motif — L'insertion des mots «sur envoi de cet avis, le présent contrat sera résilié, annulé et il prendra fin» dans le premier article et leur omission dans le deuxième créent-elles une ambiguïté sur le point de savoir si le contrat de distribution peut prendre fin immédiatement en vertu du deuxième article ou seulement après un avis suffisant? — Application de la règle d'interprétation contra proferentem.

L'appelante avait été le distributeur exclusif des produits de l'intimée pendant quelque dix ans dans les provinces maritimes. Les clauses types du contrat de distribution proposées par l'intimée n'étaient pas susceptibles de négociation ou de modification. L'intimée a voulu mettre fin au contrat de distribution avec effet immédiat en vertu de l'article 23 du contrat qui prévoyait que le fabricant et le distributeur pouvaient mettre fin au contrat n'importe quand, avec ou sans motif. L'article 20 du contrat prévoyait que, en cas de violation du contrat par le distributeur, d'insolvabilité de ce dernier ou de changement dans sa société, le fabricant pouvait donner avis de la résiliation du contrat et que «sur envoi de cet avis, le présent contrat sera résilié, annulé et il prendra fin».

La question en litige est de savoir si, vu l'insertion des mots soulignés à l'article 20 et leur omission à l'article 23, ce dernier devrait être interprété comme imposant implicitement un avis suffisant de résiliation. Le tribunal de première instance a conclu que le contrat ne pouvait être résilié en vertu de l'article 23 qu'en donnant un avis suffisant et qu'un avis suffisant de résiliation du

tion of the distributorship agreement would have been one year. It awarded damages to the appellant for breach of contract. This judgment was reversed by the Appellate Division.

Held: The appeal should be allowed.

If it stood alone as the only termination clause in the distributorship agreements clause 23 would have to be construed as permitting termination with or without cause by either party with immediate effect. But clause 23 cannot be regarded as standing alone; it must be construed in the light of the agreement as a whole, and in particular, in the light of the other termination provision in clause 20. The inclusion of the words "upon the giving of such notice, this Agreement shall be cancelled, terminated and at an end" in clause 20 and their omission in clause 23 creates an ambiguity as to whether the distributor's agreement may be terminated pursuant to clause 23 with immediate effect. If a distributorship does not contain a provision for termination without cause it is so terminable only upon giving reasonable notice of termination. A right to terminate a distributorship agreement without cause with immediate effect must be expressly provided for in the agreement. In view of the inclusion of the above words in clause 20 and their omission in clause 23, the words "at any time" in the latter clause do not make it clear and unequivocal that the agreement may be terminated without cause with immediate effect. There is a strong suggestion that where it was intended to provide for termination with immediate effect the concluding words in clause 20 were the ones considered to convey that meaning. The words "at any time" in clause 23 then bear the same relationship to the right to terminate under that provision as the specified events bear to the right to terminate in clause 20; they merely indicate that the right to terminate provided by clause 23 may be exercised at any time, but the clause is silent as to when termination may take effect. In the absence of provision for this question, the rule requiring reasonable notice of termination should be applied as an implied term of the contract. The fact that the same requirement would necessarily have to apply to termination for cause pursuant to clause 23 does not make this any less a reasonable alternative construction of clause 23. A possible reason for an intended difference between clause 20 and clause 23 with respect to the right to terminate for cause with immediate effect is that clause 20 is for the protection of the manufacturer in the specified events whereas clause 23 gives the distributor as well as the manufacturer the right to terminate for cause. Given this ambiguity as to whether the distributorship agreements may be terminated pursuant to clause 23 with immediate effect or

contrat de distribution serait une année. Il a accordé des dommages-intérêts à l'appelante pour violation de contrat. La Division d'appel a infirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Si l'article 23 était le seul article relatif à la résiliation dans les contrats de distribution, il devrait s'interpréter comme autorisant la résiliation avec ou sans motif par l'une ou l'autre des parties avec effet immédiat. Mais l'article 23 ne peut être considéré isolément; il faut l'interpréter dans le contexte de l'ensemble du contrat et, en particulier, des autres dispositions relatives à la résiliation à l'article 20. L'insertion des mots «sur envoi de cet avis, le présent contrat sera résilié, annulé et il prendra fin» à l'article 20 et leur omission à l'article 23 créent une ambiguïté quant à savoir si le contrat de distribution peut être résilié en vertu de l'article 23 avec effet immédiat. Si un contrat de distribution ne comporte pas de disposition de résiliation sans motif, il n'est résiliable que sur envoi d'un avis suffisant de résiliation. Le droit de mettre fin à un contrat de distribution sans motif avec effet immédiat doit être expressément prévu dans le contrat. Vu l'insertion de ces mots à l'article 20 et leur omission à l'article 23, les mots «n'importe quand» dans le dernier article n'indiquent pas de façon claire et non équivoque qu'il est possible de résilier le contrat sans motif, avec effet immédiat. Il y a une bonne indication que lorsqu'on a voulu que la résiliation entre en vigueur immédiatement, on a considéré que les mots de la fin de l'article 20 avaient ce sens. Les mots «n'importe quand» à l'article 23 ont le même lien avec le droit de résiliation en vertu de cette disposition que les cas précisés ont avec le droit de résiliation prévu à l'article 20; ils indiquent simplement que le droit de résiliation prévu à l'article 23 peut être exercé n'importe quand, mais la disposition est muette quant au moment où la résiliation peut entrer en vigueur. En l'absence d'une disposition sur ce point, la règle qui exige un avis de résiliation suffisant devrait s'appliquer à titre de condition implicite du contrat. Le fait que la même exigence devrait nécessairement s'appliquer à la résiliation pour un motif déterminé prévu à l'article 23 ne fait pas, à mon avis, de cette autre interprétation de l'article 23 une interprétation moins raisonnable. Une explication possible de la différence voulue entre les articles 20 et 23 à l'égard du droit de résiliation pour un motif déterminé avec effet immédiat est que l'article 20 vise à protéger le fabricant dans des cas précisés alors que le distributeur aussi bien que le fabricant peut invoquer l'article 23 pour résilier le contrat pour un motif déterminé. En raison de cette ambiguïté, savoir si les contrats de distribution peuvent être résiliés en vertu de l'article

only upon reasonable notice, the ambiguity should be resolved in favour of the appellant and against the respondent by application of the *contra proferentem* rule of construction, which is a rule of general application where, as here, there is ambiguity in the meaning of a contract which one of the parties, as the author of the document, offers to the other with no opportunity to modify its wording.

Cases Cited

Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co., [1980] 1 S.C.R. 888; *McClelland and Stewart Ltd. v. Mutual Life Assurance Co. of Canada*, [1981] 2 S.C.R. 6, applied; *Martin-Baker Aircraft Co. v. Canadian Flight Equipment, Ltd.*, [1955] 2 All E.R. 722; *Paper Sales Corporation Ltd. v. Miller Bros. Co. (1962) Ltd.* (1975), 55 D.L.R. (3d) 492; *C. C. Hauff Hardware, Inc. v. Long Mfg. Co.*, 19 ALR3d 191 (Iowa 1965); *Bushwick-Decatur Motors v. Ford Motor Co.*, 116 F.2d 675 (1940); *Seegmiller v. Western Men, Inc.*, 437 P.2d 892 (1968); *Shell Oil Co. v. Marinello*, 307 A.2d 598 (1973); *Lee (John) & Son (Grantham), Ltd. v. Railway Executive*, [1949] 2 All E.R. 581; *Red Lake (Twp.) v. Dawson*, [1964] 1 O.R. 324, aff'd. [1964] 2 O.R. 248; *Chin v. Jacobs*, [1972] 2 O.R. 54; *Alex Duff Realty Ltd. v. Eaglecrest Holdings Ltd.* (1983), 44 A.R. 67, referred to.

Authors Cited

Anson, Sir William R. *Anson's Law of Contract*, 25th (Centenary) ed. by A. G. Guest, Oxford, Clarendon Press, 1979.

Gellhorn, Ernest. "Limitations on Contract Termination Rights — Franchise Cancellations," [1967] *Duke L.J.* 465, 465-521.

Vesely, J. George. "Franchising as a Form of Business Organization — Some Legal Problems" (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 34, 34-67.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1983), 55 N.S.R. (2d) 351, 114 A.P.R. 351, allowing an appeal from a judgment of Richard J. Appeal allowed.

John M. Davison, Q.C., and *F. V. W. Penick*, for the appellant.

John M. Barker, Q.C., for the respondent.

23 avec effet immédiat ou si cette résiliation ne peut entrer en vigueur qu'après un avis suffisant, l'ambiguïté doit être résolue en faveur de l'appelante et contre l'intimée par application de la règle d'interprétation *contra proferentem*, qui est une règle d'application générale lorsque, comme en l'espèce, il y a ambiguïté dans le sens d'un contrat que l'une des parties a rédigé et présenté à l'autre sans que cette dernière ait la possibilité d'en modifier le texte.

b Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Exportations Consolidated Bathurst Export Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *McClelland and Stewart Ltd. c. Mutual Life Assurance Co. of Canada*, [1981] 2 R.C.S. 6; arrêts mentionnés: *Martin-Baker Aircraft Co. v. Canadian Flight Equipment, Ltd.*, [1955] 2 All E.R. 722; *Paper Sales Corporation Ltd. v. Miller Bros. Co. (1962) Ltd.* (1975), 55 D.L.R. (3d) 492; *C. C. Hauff Hardware, Inc. v. Long Mfg. Co.*, 19 ALR3d 191 (Iowa 1965); *Bushwick-Decatur Motors v. Ford Motor Co.*, 116 F.2d 675 (1940); *Seegmiller v. Western Men, Inc.*, 437 P.2d 892 (1968); *Shell Oil Co. v. Marinello*, 307 A.2d 598 (1973); *Lee (John) & Son (Grantham), Ltd. v. Railway Executive*, [1949] 2 All E.R. 581; *Red Lake (Twp.) v. Dawson*, [1964] 1 O.R. 324, confirmé par [1964] 2 O.R. 248; *Chin v. Jacobs*, [1972] 2 O.R. 54; *Alex Duff Realty Ltd. v. Eaglecrest Holdings Ltd.* (1983), 44 A.R. 67.

f Doctrine citée

Anson, Sir William R. *Anson's Law of Contract*, 25th (Centenary) ed. by A. G. Guest, Oxford, Clarendon Press, 1979.

Gellhorn, Ernest. «Limitations on Contract Termination Rights — Franchise Cancellations,» [1967] *Duke L.J.* 465, 465-521.

Vesely, J. George. «Franchising as a Form of Business Organization — Some Legal Problems» (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 34, 34-67.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1983), 55 N.S.R. (2d) 351, 114 A.P.R. 351, qui a accueilli l'appel contre une décision du juge Richard. Pourvoi accueilli.

John M. Davison, c.r., et *F. V. W. Penick*, pour l'appelante.

John M. Barker, c.r., pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—This appeal raises a rather narrow issue concerning the interpretation of a termination clause in a distributorship agreement. The issue is whether a clause providing for termination of the agreement by the manufacturer or the distributor “at any time” with or without cause should be construed as impliedly requiring reasonable notice of termination because another clause of the agreement providing for termination by the manufacturer in certain events, including any breach of the agreement by the distributor, stipulates that termination in such case shall take effect upon the giving of the notice of termination.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, on February 14, 1983, allowing the appeal from the judgment of Richard J. in the Trial Division on August 26, 1982, which awarded the appellant damages for breach of contract because of the respondent's failure to give the appellant reasonable notice of termination of the agreements under which the appellant was an exclusive distributor of certain of the respondent's products in Nova Scotia, New Brunswick and Prince Edward Island.

I

During the relevant period the respondent Wynn's Canada, Ltd. (hereinafter referred to as “Wynn's”) was the subsidiary of Wynn Oil Company of Los Angeles, California, and part of a multinational business organization with distributor networks in some eighty countries. It was engaged in the manufacture and sale of automotive engine and cooling system additives as well as industrial lubricants and coolants, among other products. It distributed its products through wholesale distributors with exclusive sales territories. The standard terms of the form of distributorship agreement (or “distributor's agreement”, as it is entitled) offered by Wynn's and its parent to prospective distributors were not subject to negotiation or modification. As the president of

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—Le présent pourvoi soulève une question assez limitée quant à l'interprétation d'une clause de résiliation d'un contrat de distribution. La question est de savoir si une clause prévoyant la résiliation du contrat par le fabricant ou le distributeur [TRADUCTION] «n'importe quand» avec ou sans motif doit s'interpréter comme exigeant implicitement un avis suffisant de résiliation parce qu'un autre article du contrat qui en prévoit la résiliation par le fabricant dans certaines circonstances, notamment dans le cas de violation du contrat par le distributeur, énonce que la résiliation entrera en vigueur dans ce cas sur envoi d'un avis de résiliation.

Cette Cour a autorisé le pourvoi contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse rendu le 14 février 1983, qui a accueilli un appel de la décision rendue en première instance par le juge Richard le 26 août 1982. Ce dernier a accordé à l'appelante des dommages-intérêts pour violation de contrat parce que l'intimée avait omis de donner à l'appelante un avis suffisant de la résiliation des contrats en vertu desquels cette dernière était le distributeur exclusif en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick et à l'Île-du-Prince-Édouard de produits fabriqués par l'intimée.

I

À l'époque en cause, l'intimée Wynn's Canada, Ltd. (ci-après appelée «Wynn's») était une filiale de Wynn Oil Company de Los Angeles (Californie) et appartenait à une entreprise multinationale ayant des réseaux de distribution dans environ quatre-vingts pays. Elle fabriquait et vendait des additifs pour les moteurs et systèmes de refroidissement d'automobiles de même que des lubrifiants et des réfrigérants industriels et d'autres produits. Elle distribuait ses produits par l'entremise de distributeurs en gros, chacun ayant son territoire de vente exclusif. Les clauses types du formulaire de contrat de distribution (ou «contrat de distributeur» selon le titre qu'il porte) proposées par Wynn's et sa compagnie mère aux candidats distributeurs n'étaient pas susceptibles de négociation

Wynn's acknowledged in his testimony, it was a case of sign the standard form or not be a distributor.

The appellant Hillis Oil and Sales Limited (hereinafter referred to as "Hillis") was incorporated as a distributorship company in Nova Scotia in 1959. Its relationship with Wynn's, which began in 1969, is reflected in a series of agreements which may be briefly identified. By a distributor's agreement of October 1, 1969 Hillis was appointed as the exclusive distributor in Nova Scotia of a line of products in the marketing division of Wynn's designated as "Automotive". That agreement was replaced by a distributor's agreement of July 18, 1972, which made Hillis the exclusive distributor in Nova Scotia and Prince Edward Island of certain "XTEND" products in the marketing division of Wynn's designated as "Automotive & Fleet". A modification agreement of July 17, 1974 added "X-TEND GUARANTEE KITS" (sometimes referred to as "warranty sales") to the products covered by the agreement of July 18, 1972. A modification agreement of February 23, 1976 extended the exclusive territory covered by the agreement of July 18, 1972 to include New Brunswick and Newfoundland. A modification agreement of February 4, 1977 deleted the word "Fleet" from the designation of the marketing division covered by the agreement of July 18, 1972. A distributor's agreement of February 11, 1977 made Hillis the exclusive distributor in the four Atlantic Provinces of certain lines of products in the marketing division of Wynn's designated as "INDUSTRIAL/FLEET". By agreement effective July 1, 1979 Newfoundland was withdrawn from the Hillis territory. The action in damages is based on the termination of the distributor's agreements of July 18, 1972 and February 11, 1977, as modified from time to time, but the agreement of July 18, 1972 is the one that is generally referred to, being the more important of the two.

From 1959 to 1969, when the Wynn's distributorship began, the business of Hillis was chiefly

ou de modification. Ainsi que le président de Wynn's l'a reconnu dans sa déposition, le choix se réduisait à signer le contrat type ou à ne pas devenir distributeur.

^a L'appelante Hillis Oil and Sales Limited (ci-après appelée «Hillis») a été constituée comme entreprise de distribution en Nouvelle-Écosse en 1959. Ses relations avec Wynn's, qui ont commencé en 1969, ont donné lieu à une série de contrats qu'on peut rapidement énumérer. En vertu d'un contrat de distribution passé le 1^{er} octobre 1969, Hillis devenait le distributeur exclusif pour la Nouvelle-Écosse d'une gamme d'articles de la division des ventes de Wynn's appelés [TRADUCTION] «accessoires d'automobile». Ce contrat a été remplacé par un contrat de distribution daté du 18 juillet 1972 qui faisait de Hillis le distributeur exclusif pour la Nouvelle-Écosse et l'Île-du-Prince-Édouard d'une gamme étendue de produits de la division des ventes de Wynn's appelés [TRADUCTION] «accessoires d'automobile et de parc automobile». Un contrat modificatif intervenu le 17 juillet 1974 a ajouté [TRADUCTION] «des articles sous garantie étendue» (parfois appelés ventes sous garantie) aux articles prévus dans le contrat du 18 juillet 1972. Un contrat modificatif intervenu le 23 février 1976 a ajouté le Nouveau-Brunswick et Terre-Neuve au territoire exclusif visé par le contrat du 18 juillet 1972. Un contrat modificatif intervenu le 4 février 1977 a rayé l'expression [TRADUCTION] «parc automobile» de la désignation des produits visés par le contrat du 18 juillet 1972. Un contrat de distribution daté du 11 février 1977 a fait de Hillis le distributeur exclusif, dans les quatre provinces maritimes, de certaines gammes de produits de la division des ventes de Wynn's appelés [TRADUCTION] «produits industriels et de parc automobile». Par contrat entré en vigueur le 1^{er} juillet 1979, Terre-Neuve a été enlevée au territoire de Hillis. L'action en dommages-intérêts est fondée sur la résiliation des contrats de distribution du 18 juillet 1972 et du 11 février 1977, modifiés, mais on parle surtout du contrat du 18 juillet 1972 qui est le plus important des deux.

^j De 1959 à 1969, au début de la distribution des produits de Wynn's, l'entreprise de Hillis dépen-

dependent on the sale of one product, Quaker State Motor Oil. By 1978 the sale of Wynn's products was accounting for about 90 per cent of the company's profit. Hillis made a considerable investment in time and money to develop the potential of the Wynn's distributorship. In particular, it hired a sales manager and increased its sales staff from an average of two to an average of eight or nine. It also enlarged its warehousing facilities and stocked inventory at various locations for its salesmen. A high proportion of its development costs were incurred in connection with the introduction in 1976 of the "flush unit program" for cleaning radiators and promoting the sale of Wynn's radiator additives and with the difficulties experienced with that program in the following year or two. The president of Hillis estimated that it would have taken three or four years to recover the company's investment or development costs but that was made impossible by the termination of the distributor's agreements in early 1980. It should perhaps be observed that while the standard distributor's agreement did not expressly prohibit Hillis from handling products that would be competitive with those of Wynn's, there was a clear understanding from Wynn's that Hillis should not do so.

The distributor's agreements of July 18, 1972 and February 11, 1977 contain the following clauses 20 and 23 providing for termination, the terms of which give rise to the issue in the appeal:

20. In the event that Distributor shall breach, or shall have breached, any of the terms, provisions or conditions of this Agreement, or in the event there be filed proceedings in bankruptcy, voluntary or involuntary, by or against Distributor, or that Distributor becomes insolvent or determined, voluntarily or involuntarily, to be bankrupt, or in the event of any dissolution of, or change in, partnership, if Distributor is a partnership, then, in any of such events, Manufacturer may, at its option, by notice in writing to Distributor by mail to Distributor's last known address, terminate and cancel this Agreement; and upon the giving of such notice, this Agreement shall be cancelled, terminated and at an end.

23. That Distributor acknowledges the receipt of a duplicate of this Agreement and accepts such appointment as a distributor subject to, and conditioned upon,

dait principalement de la vente d'un seul produit, l'huile à moteur Quaker State. En 1978, la vente des produits de Wynn's représentait environ 90 pour 100 des profits de la société. Hillis avait consacré beaucoup de temps et d'argent à développer les possibilités de la concession Wynn's. Plus précisément, elle avait engagé un gérant des ventes et porté son personnel de vente de deux en moyenne à huit ou neuf personnes en moyenne. Elle avait aussi agrandi ses installations d'entrepôt et placé les stocks à différents endroits à l'intention de ses vendeurs. Une grande proportion des coûts de développement a été occasionnée par l'implantation, en 1976, du [TRADUCTION] «programme de l'unité de vidangeage» pour nettoyer les radiateurs, par la promotion des ventes des additifs Wynn's pour radiateur et par les difficultés rencontrées dans ce programme au cours des deux années suivantes. Le président de Hillis a estimé qu'il aurait fallu trois ou quatre ans pour récupérer l'investissement de la société ou les coûts de développement, mais que la chose avait été rendue impossible par la résiliation des contrats de distribution au début de 1980. Il y a lieu de remarquer que même si le contrat type de distribution n'interdisait pas expressément à Hillis de vendre des produits qui auraient fait concurrence à ceux de Wynn's, celle-ci avait nettement indiqué à Hillis qu'elle ne devait pas le faire.

Les contrats de distribution du 18 juillet 1972 et du 11 février 1977 comportent les articles 20 et 23 suivants relatifs à la résiliation, dont le texte a donné lieu au présent pourvoi:

[TRADUCTION] 20. Si le distributeur viole ou a violé un des termes ou une des conditions ou dispositions du présent contrat ou si le distributeur est l'objet de procédures de faillite volontaire ou forcée ou s'il devient insolvable ou est jugé failli avec ou sans son acquiescement, ou s'il y a dissolution de la société ou changement de sa composition, dans l'une ou l'autre de ces éventualités, le fabricant peut, à sa discrétion, mettre fin au présent contrat et l'annuler en envoyant un avis écrit par courrier au distributeur à sa dernière adresse connue; sur envoi de cet avis, le présent contrat sera résilié, annulé et il prendra fin.

23. Le distributeur reconnaît avoir reçu un double du présent contrat et accepte sa désignation comme distributeur, sous réserve de respecter et observer tous les

Distributor's keeping, observing and performing all of the terms, provisions and conditions in this Agreement set forth all to the full satisfaction of Manufacturer.

That this Agreement may be terminated and ended, wholly or as to any Marketing Division designated in this Agreement, and/or as to any "XTEND Products" specified in this Agreement, at any time, with or without cause, by either party hereto, by written notice given to the other of them by mail addressed to the last known address of the party to whom said notice is directed. And upon any termination of this Agreement by either party, the Distributor shall remain liable for all sums due to Manufacturer for purchases made by Distributor and unpaid for up to the time of such termination.

Clause 24 of the standard distributor's agreement provides that "in the event of, and upon, termination of this Agreement at any time by either party with or without cause under any circumstances whatsoever" the manufacturer shall have the option to repurchase products from the distributor at a defined price and that notice of the intention to exercise such option shall be given "at the time of the effective date of such termination or at any time within ten days after said effective date of such termination".

By letter dated February 11, 1980 Wynn's gave Hillis notice of termination of the distributor's agreement of July 18, 1972 as follows:

By the terms of the Distributor's Agreement between you and Wynn's Canada Ltd., dated July 18th, 1972, it is provided, among other things:

"That this Agreement may be terminated and ended, wholly or as to any Marketing Division designated in this Agreement, and/or as to any product specified in this Agreement, at any time, with or without cause, by either party hereto, by written notice given to the party to whom said notice is directed. And upon any termination of this Agreement by either party, the Distributor shall remain liable for all sums due to Manufacturer for purchases made by Distributor and unpaid for up to the time of such termination."

In accordance with the foregoing provision, this company does hereby give you written notice that said Distributor's Agreement, dated July 18th, 1972, shall be and hereby is terminated and ended wholly and as to all Marketing Divisions and all products specified in said Agreement.

termes, dispositions et conditions du présent contrat, le tout à l'entière satisfaction du fabricant.

Le présent contrat peut être résilié en totalité ou pour toute gamme de produits y mentionnée ou à l'égard de tous produits supplémentaires y mentionnés, n'importe quand, avec ou sans motif, par avis écrit de l'une ou l'autre des parties aux présentes, envoyé à l'autre par courrier à la dernière adresse connue de la partie à qui l'avis est destiné. Sur résiliation du présent contrat par l'une ou l'autre des parties, le distributeur sera tenu de payer au fabricant toutes les sommes à lui dues pour les achats qu'il a faits et qui demeurent impayés au moment de la résiliation.

L'article 24 du contrat type de distribution dispose que [TRADUCTION] «en cas de résiliation du présent contrat, n'importe quand, par l'une ou l'autre des parties avec ou sans motif, quelles que soient les circonstances», le fabricant aura le choix de racheter au distributeur les produits à des prix prédéterminés et que l'avis de l'intention d'exercer ce choix sera donné [TRADUCTION] «à la date d'entrée en vigueur de cette résiliation ou dans les dix jours qui suivront l'entrée en vigueur de cette résiliation».

Par sa lettre du 11 février 1980, Wynn's donnait à Hillis avis de la résiliation de son contrat de distribution du 18 juillet 1972 dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Les dispositions de contrat de distribution du 18 juillet 1972 qui vous lie à Wynn's Canada Ltd. prévoient notamment ce qui suit:

«Le présent contrat peut être résilié en totalité ou pour toute gamme de produits y mentionnée ou à l'égard de tous produits supplémentaires y mentionnés, n'importe quand, avec ou sans motif, par avis écrit de l'une ou l'autre des parties aux présentes, envoyé la partie à qui l'avis est destiné. Sur résiliation du présent contrat par l'une ou l'autre des parties, le distributeur sera tenu de payer au fabricant toutes les sommes à lui dues pour les achats qu'il a faits et qui demeurent impayés au moment de la résiliation.»

Conformément aux dispositions précitées, notre société vous avise par les présentes que le contrat de distribution du 18 juillet 1972 est résilié en totalité, à l'égard de toutes les catégories de marchandises et de tous les produits mentionnés dans ledit contrat.

By letter dated April 22, 1980 Wynn's gave Hillis notice of termination of the distributor's agreement of February 11, 1977 as follows:

Notice is hereby given that the Distributor's Agreement between you and Wynn's Canada Ltd., dated February 11, 1977, is hereby terminated and ended wholly as to all marketing divisions and all products specified in the said Agreement, effective immediately pursuant to the provisions of the said Agreement.

Following the termination of the agreements Wynn's established four new distributorships with former employees of Hillis in the territory covered by the Hillis distributorship. Hillis sued the new distributors as well as Wynn's but the claim against the new distributors was settled before trial.

It was agreed at a pre-trial conference that the termination of the distributor's agreements of July 18, 1972 and February 11, 1977 purported to be made pursuant to clause 23 of the agreements rather than clause 20, as indeed is clear from the terms of the notice of February 11, 1980. Considerable evidence was adduced at the trial concerning the performance of Hillis and the reasons for the termination, but the trial judge held that it was irrelevant, in so far as the interpretation and application of clause 23 were concerned, since that clause provided for termination with or without cause. He did not make a finding as to whether Wynn's had cause.

In maintaining the action of Hillis against Wynn's for breach of contract Richard J. held that one year would have been reasonable notice of termination of the distributor's agreements and fixed the damages at \$91,846. From this amount was to be deducted the sum of \$18,924.72, which was agreed by the parties to be owing by Hillis to Wynn's, for a net award of \$72,921.28, with interest at the rate of 15 per cent from August 11, 1980. The length of notice required and the amount to which Hillis is entitled if Wynn's is liable for breach of contract are not in dispute. The sole issue in this Court, as in the Court of Appeal, is whether, in terminating the distributor's

Dans une lettre du 22 avril 1980, Wynn's donnait à Hillis avis de la résiliation du contrat de distribution du 11 février 1977 dans les termes suivants:

^a [TRADUCTION] Avis vous est par les présentes donné que le contrat de distribution du 11 février 1977 qui vous lie à Wynn's Canada Ltd. est résilié en totalité, à l'égard de toutes les catégories de marchandises et de tous les produits mentionnés dans ledit contrat, ladite ^b résiliation entrant en vigueur immédiatement conformément aux dispositions dudit contrat.

Après la résiliation des contrats, Wynn's a formé quatre nouvelles maisons de distribution avec d'anciens employés de Hillis dans les territoires de distribution desservis par Hillis. Hillis a intenté des poursuites contre les nouveaux distributeurs et Wynn's, mais a réglé à l'amiable la réclamation contre les nouveaux distributeurs. ^d

Il a été convenu à une réunion préparatoire au procès que la résiliation des contrats de distribution du 18 juillet 1972 et du 11 février 1977 se fondait sur l'article 23 plutôt que sur l'article 20 des contrats, ce qui ressort clairement du libellé de l'avis du 11 février 1980. On a soumis de nombreux éléments de preuve au procès au sujet des réalisations de Hillis et des motifs de la résiliation, mais le juge de première instance a statué que cette preuve n'était pas utile à l'interprétation et à l'application de l'article 23 puisque cet article prévoyait la résiliation des contrats avec ou sans motif. Il n'a tiré aucune conclusion quant à savoir si Wynn's avait ou non un motif de résiliation. ^g

Accueillant l'action de Hillis contre Wynn's pour violation de contrat, le juge Richard a statué qu'une année aurait été un délai de résiliation suffisant des contrats de distribution et a établi les dommages-intérêts à 91 846 \$. De ce montant, il a déduit la somme de 18 924,72 \$ que Hillis a reconnu devoir à Wynn's, ce qui laisse un montant net de 72 921,28 \$ avec intérêts au taux de 15 pour 100 depuis le 11 août 1980. La durée du délai et le montant auquel Hillis a droit si Wynn's a violé le contrat ne sont pas en litige. La seule question en litige en cette Cour et en Cour d'appel est de savoir si, en résiliant les contrats de distribution par application de l'article 23, Wynn's était tenue

agreements pursuant to clause 23, Wynn's was obliged to give Hillis reasonable notice of termination.

The reasoning of the trial judge on this issue is contained in the following passages of his reasons for judgment:

There is no question the Distribution Agreement is prepared by Wynn's and is totally non-negotiable as to variations. The agreement is the same used by Wynn's throughout the world – albeit in the appropriate language. Kenneth M. Lovett, President of Wynn's Canada said the Distributor Agreement is the only one used by Wynn's – “sign that form or not be a distributor.” Mr. Lovett indicated it was normal practice for Wynn's not to give prior notice of cancellation of an agreement because of the impossibility of a continuing relationship after notice had been given.

I am satisfied that the *contra proferentem* rule applies here and any ambiguity must be interpreted against the author – in this case Wynn's.

The difference in the wording of the two termination clauses – 20 and 23 – bears some comment. Under clause 20 notice must be given “in writing” and “upon the giving of such notice, this Agreement shall be cancelled, terminated and at an end.” It is clear from this that a notice given pursuant to clause 20 is effective on the giving – by mail – of the written notice.

In the case of a notice of termination under clause 23 it is not expressly stated when the notice is to take effect. Standing alone, clause 23 could be interpreted as making the termination effective as of the time of delivery of the written notice to the other party. However, when read in conjunction with clause 20 it appears clause 23 lacks the specificity of the earlier clause. If both clauses resulted in immediate termination without notice, then the final phrase of clause 20 (“this Agreement shall be cancelled, terminated and at an end.”) would be redundant. In my view, the court ought to assume that words in a contract mean something, and, that when two phrases differ, the author meant the result or effect to be different.

With respect to clause 20, it is obvious the notice was meant to be immediately effective. One must conclude, therefore, that the author of clause 23 meant its effect to be something other than clause 20. The only reasonable conclusion is that a termination under clause 23 would take place upon notice rather than immediately.

In the Court of Appeal Hart J.A., delivering the unanimous judgment of the Court, held that there

de donner à Hillis un avis suffisant de la résiliation.

Le raisonnement du juge de première instance sur ce point se trouve dans les passages suivants de ses motifs de jugement:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de doute que le contrat de distribution a été préparé par Wynn's et n'est absolument pas susceptible de modifications. Wynn's se sert du même contrat partout dans le monde, sauf adaptation selon la langue. Kenneth M. Lovett, président de Wynn's Canada a déposé que le contrat de distribution est le seul dont Wynn's se sert – «signer le formulaire ou ne pas devenir distributeur.» M. Lovett a indiqué qu'il était courant pour Wynn's de ne pas donner de préavis de résiliation de contrat à cause de l'impossibilité de continuer à faire affaire après la transmission de l'avis.

Je suis convaincu que la règle *contra proferentem* s'applique en l'espèce et que toute ambiguïté doit s'interpréter contre l'auteur du contrat – en l'espèce Wynn's.

La différence entre la rédaction des deux articles relatifs à la résiliation – les articles 20 et 23 – mérite qu'on s'y arrête. En vertu de l'article 20, il faut donner un avis «écrit» et «sur envoi de cet avis, le présent contrat sera résilié, annulé et il prendra fin.» Il ressort clairement de ce texte qu'un avis envoyé en vertu de l'article 20 entre en vigueur dès l'envoi – par courrier – de l'avis écrit.

Dans le cas d'un avis de résiliation fondé sur l'article 23, on ne dit pas expressément quand l'avis doit entrer en vigueur. Par lui-même, l'article 23 pourrait s'interpréter comme faisant entrer la résiliation en vigueur dès l'envoi de l'avis écrit à l'autre partie. Cependant, comparé à l'article 20, il ressort que l'article 23 n'est pas aussi explicite que le premier. Si les deux articles doivent donner lieu à la résiliation immédiate, sans avis, alors la dernière phrase de l'article 20 («le présent contrat sera résilié, annulé et il prendra fin») est superflue. À mon avis, le tribunal doit présumer que les mots d'un contrat signifient quelque chose et quand deux phrases sont différentes, l'auteur a voulu que leurs conséquences ou leur portée soient différentes.

Pour ce qui est de l'article 20, il est manifeste qu'on a voulu que l'avis entre en vigueur immédiatement. Il faut donc conclure que l'auteur de l'article 23 a voulu qu'il ait une portée différente de celle de l'article 20. La seule conclusion raisonnable est que la résiliation fondée sur l'article 23 entrerait en vigueur après avis plutôt que sur-le-champ.

Le juge Hart, qui a rédigé les motifs de jugement unanimes de la Cour d'appel, a conclu que le

was no ambiguity arising from the terms of clauses 20 and 23 as to whether the agreement could be terminated with immediate effect pursuant to clause 23. He said:

I am persuaded by the arguments of counsel for the appellant that we have here a case where the terms of the contract are perfectly clear. I can see no ambiguity relating to the termination provisions, and, in my opinion, the trial judge was in error when he implied an additional agreement between the parties which was not necessary to the interpretation of the written contract between them. Either party had the right to terminate the distributor's agreement without cause at any time they chose, and Wynn's chose February 11, 1980 the date upon which they delivered the notice of termination to Hillis.

II

If it stood alone as the only termination clause in the distributorship agreements clause 23 would have to be construed, I think, as permitting termination with or without cause by either party with immediate effect. But clause 23 cannot be regarded as standing alone; it must be construed in the light of the agreement as a whole, and in particular in the light of the other termination provision in clause 20. The general principle was stated by Estey J. in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at p. 901, where he said that "the normal rules of construction lead a court to search for an interpretation which, from the whole of the contract, would appear to promote or advance the true intent of the parties at the time of entry into the contract." Also particularly apposite are the words of Dickson J. (as he then was) in *McClelland and Stewart Ltd. v. Mutual Life Assurance Co. of Canada*, [1981] 2 S.C.R. 6, at p. 19, where he said:

Taken alone and read without consideration of the scheme of the policy the kindred language of the self-destruction clause and the Declaration undoubtedly create a formidable argument in support of the case of the assurance company. It is plain however these cannot be read in an isolated and disjunctive way. The question before us is not to be determined on a mechanical reading of two phrases set apart, but rather on a reading of the policy and the Declaration in entirety.

texte des articles 20 et 23 ne comportait pas d'ambiguïté quant à savoir si la résiliation du contrat entrerait en vigueur immédiatement en vertu de l'article 23. Il dit:

^a [TRADUCTION] Les arguments de l'avocat de l'appellant m'ont convaincu qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où le texte du contrat est parfaitement clair. Je ne puis voir d'ambiguïté dans les dispositions de résiliation et, à mon avis, le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu à l'existence d'une clause supplémentaire implicite qui n'était pas nécessaire à l'interprétation du contrat écrit intervenu entre les parties. L'une ou l'autre des parties avait le droit de résilier le contrat de distribution sans motif, n'importe quand, à son choix, et ^b Wynn's a choisi le 11 février 1980, date à laquelle elle a envoyé l'avis de résiliation à Hillis. ^c

II

^d Si l'article 23 était le seul article relatif à la résiliation dans les contrats de distribution, il devrait, je crois, s'interpréter comme autorisant la résiliation avec ou sans motif par l'une ou l'autre ^e des parties avec effet immédiat. Mais l'article 23 ne peut être considéré isolément; il faut l'interpréter dans le contexte de l'ensemble du contrat et, en particulier, des autres dispositions relatives à la résiliation à l'article 20. Le juge Estey a énoncé le principe général dans l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Export Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, à la p. 901, où il dit que «les règles normales ^f d'interprétation amènent une cour à rechercher une interprétation qui, vu l'ensemble du contrat, tend à traduire et à présenter l'intention véritable des parties au moment où elles ont contracté». L'énoncé du juge Dickson (alors juge puîné) dans ^g l'arrêt *McClelland and Stewart Ltd. c. Mutual Life Assurance Co. of Canada*, [1981] 2 R.C.S. 6, à la p. 19, est particulièrement approprié:

ⁱ Pris seuls et sans tenir compte de l'ensemble de la police, les termes analogues employés dans la clause de suicide et dans la déclaration constituent certainement un argument puissant en faveur de la thèse de la compagnie d'assurances. Il est cependant évident qu'on ne peut prendre ces mots isolément et séparément. La question en jeu ne doit pas être tranchée par un examen mécanique de deux expressions séparées, mais plutôt par un examen de l'ensemble de la police et de la déclaration. ^j

With great respect, I agree with the learned trial judge that the inclusion of the words "upon the giving of such notice, this Agreement shall be cancelled, terminated and at an end" in clause 20 and their omission in clause 23 creates an ambiguity as to whether the distributor's agreement may be terminated pursuant to clause 23 with immediate effect. If a distributorship agreement does not contain a provision for termination without cause it is so terminable only upon giving reasonable notice of termination. See *Martin-Baker Aircraft Co. v. Canadian Flight Equipment, Ltd.*, [1955] 2 All E.R. 722 (Q.B.), at p. 736; *Paper Sales Corporation Ltd. v. Miller Bros. Co. (1962) Ltd.* (1975), 55 D.L.R. (3d) 492 (Ont. C.A.), at p. 498; *C. C. Hauff Hardware, Inc. v. Long Mfg. Co.*, 19 ALR3d 191 (Iowa 1965). A right to terminate a distributorship agreement without cause with immediate effect must be expressly provided for in the agreement. (It is not necessary for purposes of the present appeal, in view of the conclusion with respect to ambiguity, to consider whether a provision for the termination of a distributorship agreement without cause with immediate effect should be held to be void for unconscionability or subject to some good faith limitation. Compare *Bushwick-Decatur Motors v. Ford Motor Co.*, 116 F.2d 675 (1940); *Seegmiller v. Western Men, Inc.*, 437 P.2d 892 (1968), and *Shell Oil Co. v. Marinello*, 307 A.2d 598 (1973); and see Gellhorn, "Limitations on Contract Termination Rights—Franchise Cancellations," [1967] *Duke L.J.* 465; Vesely, "Franchising as a Form of Business Organization—Some Legal Problems" (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 34.) The question is whether, having regard to the inclusion of the above words in clause 20 and their omission in clause 23, the words "at any time" in the latter clause nevertheless make it clear and unequivocal that the agreement may be terminated without cause with immediate effect. In my respectful opinion they do not. There is a strong suggestion that where it was intended to provide for termination with immediate effect the concluding words in clause 20 were the ones considered to convey that meaning. The words "at any time" in clause 23 then bear the same relationship to the right to terminate under that provision as the specified events (breach of

Avec égards, je partage l'avis du juge de première instance que l'insertion des mots «sur envoi de cet avis, le présent contrat sera résilié, annulé et il prendra fin» à l'article 20 et leur omission à l'article 23 créent une ambiguïté quant à savoir si le contrat de distribution peut être résilié en vertu de l'article 23 avec effet immédiat. Si un contrat de distribution ne comporte pas de disposition de résiliation sans motif, il n'est résiliable que sur envoi d'un avis suffisant de résiliation. Voir *Martin-Baker Aircraft Co. v. Canadian Flight Equipment, Ltd.*, [1955] 2 All E.R. 722 (Q.B.), à la p. 736; *Paper Sales Corporation Ltd. v. Miller Bros. Co. (1962) Ltd.* (1975), 55 D.L.R. (3d) 492 (C.A. Ont.), à la p. 498; *C. C. Hauff Hardware, Inc. v. Long Mfg. Co.*, 19 ALR3d 191 (Iowa 1965). Le droit de mettre fin à un contrat de distribution sans motif avec effet immédiat doit être expressément prévu dans le contrat. (Il n'est pas nécessaire pour les fins du présent pourvoi, étant donné la conclusion qu'il y a ambiguïté, de se demander s'il faut tenir une disposition mettant fin au contrat de distribution, sans motif avec effet immédiat, pour nulle parce qu'elle est exorbitante ou assujettie à quelque restriction quant à la bonne foi. Comparer aux arrêts *Bushwick-Decatur Motors v. Ford Motor Co.*, 116 F.2d 675 (1940); *Seegmiller v. Western Men, Inc.*, 437 P.2d 892 (1968), et *Shell Oil Co. v. Marinello*, 307 A.2d 598 (1973); et voir Gellhorn, «Limitations on Contract Termination Rights—Franchise Cancellations», [1967] *Duke L.J.* 465; Vesely, «Franchising as a Form of Business Organization—Some Legal Problems» (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 34.) Il s'agit de déterminer, compte tenu de l'insertion de ces mots dans l'article 20 et de leur omission dans l'article 23, si les mots «n'importe quand» dans le dernier article expriment néanmoins de façon claire et sans équivoque qu'il est possible de résilier le contrat, sans motif, avec effet immédiat. À mon avis ils ne le permettent pas. Il y a une bonne indication que lorsqu'on a voulu que la résiliation entre en vigueur immédiatement, on a considéré que les mots de la fin de l'article 20 avaient ce sens. Les mots «n'importe quand» à l'article 23 ont le même lien avec le droit de résiliation en vertu de cette disposition que les cas précisés (violation du contrat, l'insolvabilité et les changements dans la

the agreement, insolvency and change in partnership) bear to the right to terminate in clause 20; they merely indicate that the right to terminate provided by clause 23 may be exercised at any time, but the clause is silent as to when termination may take effect. In the absence of provision for this question, the rule requiring reasonable notice of termination should be applied as an implied term of the contract. The fact that the same requirement would necessarily have to apply to termination for cause pursuant to clause 23 does not in my opinion make this any less a reasonable alternative construction of clause 23. A possible reason for an intended difference between clause 20 and clause 23 with respect to the right to terminate for cause with immediate effect is that clause 20 is for the protection of the manufacturer in the specified events—breach of contract by the distributor, insolvency of the distributor and change in partnership of the distributor—whereas clause 23 gives the distributor as well as the manufacturer the right to terminate for cause. The manufacturer, knowing that it could always terminate for cause with immediate effect pursuant to clause 20, might well have found it acceptable that neither party should have the right to terminate for cause with immediate effect pursuant to clause 23.

Given this ambiguity as to whether the distributor's agreements could be terminated pursuant to clause 23 with immediate effect or whether such termination could take effect only upon reasonable notice, I also agree with Richard J. that it should be resolved against Wynn's and in favour of Hillis by application of the *contra proferentem* rule of construction. It is true that this rule has been most often invoked with reference to the construction of insurance contracts, particularly clauses in such contracts purporting to limit or exclude the insurer's liability. Statements of the rule and its application in such cases may be found in the decisions of this Court in *Consolidated-Bathurst, supra*, and *McClelland and Stewart, supra*. The rule is, however, one of general application whenever, as in the case at bar, there is ambiguity in the meaning of a contract which one of the parties as the author of the document offers to the other, with no opportunity to modify its wording. The

société) ont avec le droit de résiliation prévu à l'article 20: ils indiquent simplement que le droit de résiliation prévu à l'article 23 peut être exercé n'importe quand, mais la disposition est muette quant au moment où la résiliation peut entrer en vigueur. En l'absence d'une disposition sur ce point, la règle qui exige un avis de résiliation suffisant devrait s'appliquer à titre de condition implicite du contrat. Le fait que la même exigence devrait nécessairement s'appliquer à la résiliation pour un motif déterminé prévu à l'article 23 ne fait pas, à mon avis, de cette autre interprétation de l'article 23 une interprétation moins raisonnable. Une explication possible de la différence voulue entre les articles 20 et 23 à l'égard du droit de résiliation pour un motif déterminé avec effet immédiat est que l'article 20 vise à protéger le fabricant dans des cas précisés—violation du contrat par le distributeur, insolvabilité du distributeur et changements dans la société—alors que le distributeur aussi bien que le fabricant peut invoquer l'article 23 pour résilier le contrat. Comme le fabricant sait qu'il peut résilier le contrat pour un motif déterminé, avec effet immédiat, en vertu de l'article 20, il a bien pu juger acceptable qu'aucune partie n'ait le droit de résilier le contrat pour un motif déterminé avec effet immédiat en vertu de l'article 23.

En raison de cette ambiguïté, savoir si les contrats de distribution peuvent être résiliés en vertu de l'article 23 avec effet immédiat ou si cette résiliation ne peut entrer en vigueur qu'après un avis suffisant, je partage aussi l'avis du juge Richard qu'il faut la résoudre à l'encontre de Wynn's et en faveur de Hillis par application de la règle d'interprétation *contra proferentem*. Il est vrai que cette règle a été le plus souvent invoquée à l'occasion de l'interprétation de contrats d'assurance, notamment les articles de ces contrats qui tendent à limiter ou à exclure la responsabilité de l'assureur. On peut trouver des énoncés de la règle et des exemples de son application dans ce domaine dans les arrêts de cette Cour *Consolidated Bathurst* et *McClelland and Stewart*, précités. La règle a cependant une application générale toutes les fois que, comme en l'espèce, il y a ambiguïté dans le sens d'un contrat que l'une des parties a rédigé et présenté à l'autre sans

rule is stated in its general terms in *Anson's Law of Contract* (25th ed. 1979), at p. 151, as follows:

The words of written documents are construed more forcibly against the party using them. The rule is based on the principle that a man is responsible for ambiguities in his own expression, and has no right to induce another to contract with him on the supposition that his words mean one thing, while he hopes the Court will adopt a construction by which they would mean another thing, more to his advantage.

The rule is also stated in general terms by Estey J. in *McClelland and Stewart*, *supra*, at p. 15 as follows:

That principle of interpretation applies to contracts and other documents on the simple theory that any ambiguity in a term of a contract must be resolved against the author if the choice is between him and the other party to the contract who did not participate in its drafting.

Examples of cases in which the rule has been applied to the construction of contracts other than insurance contracts are *Lee (John) & Son (Grantham), Ltd. v. Railway Executive*, [1949] 2 All E.R. 581 (C.A.); *Red Lake (Twp.) v. Dawson*, [1964] 1 O.R. 324 (H.C.), *aff'd* [1964] 2 O.R. 248 (C.A.); *Chin v. Jacobs*, [1972] 2 O.R. 54 (C.A.); and *Alex Duff Realty Ltd. v. Eaglecrest Holdings Ltd.* (1983), 44 A.R. 67 (C.A.)

For these reasons I am of the opinion that the respondent is liable for breach of contract for its purported termination of the distributor's agreements without giving the appellant reasonable notice of such termination. I would accordingly allow the appeal, set aside the judgment of the Appeal Division and restore the judgment of Richard J. in the Trial Division, with costs in this Court and in the Appeal Division. Costs in the Trial Division should be as awarded by the trial judge.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: John M. Davison and F. V. W. Penick, Halifax.

Solicitor for the respondent: John M. Barker, Halifax.

que cette dernière ait la possibilité d'en modifier le texte. La règle est ainsi énoncée de façon générale dans *Anson's Law of Contract* (25th ed. 1979), à la p. 151:

^a [TRADUCTION] Le texte des documents écrits s'interprète plus strictement à l'encontre de la partie qui les emploie. La règle est fondée sur le principe qu'une personne est responsable des ambiguïtés de sa propre rédaction et n'a pas le droit d'amener quelqu'un à ^b contracter avec elle en donnant à son texte un sens alors qu'elle espère que la cour leur en donnera un autre qui lui est plus favorable.

Le juge Estey énonce aussi la règle en termes généraux dans l'arrêt *McClelland and Stewart*, ^c précité, à la p. 15:

Ce principe d'interprétation s'applique aux contrats et aux autres documents à partir du simple principe qu'une ambiguïté dans une condition d'un contrat doit être ^d résolue au détriment de l'auteur s'il faut choisir entre lui et l'autre partie au contrat qui n'a pas pris part à sa rédaction.

Les arrêts *Lee (John) & Son (Grantham), Ltd. v. Railway Executive*, [1949] 2 All E.R. 581 (C.A.); ^e *Red Lake (Twp.) v. Dawson*, [1964] 1 O.R. 324 (H.C.), confirmés par [1964] 2 O.R. 248 (C.A.); *Chin v. Jacobs*, [1972] 2 O.R. 54 (C.A.), et *Alex Duff Realty Ltd. v. Eaglecrest Holdings Ltd.* (1983), 44 A.R. 67 (C.A.), sont autant d'exemples ^f d'affaires dans lesquelles on a appliqué cette règle à l'interprétation de contrats autres que des contrats d'assurance.

^g Pour ces motifs, je conclus que l'intimée est coupable de violation de contrat pour avoir voulu résilier le contrat de distribution sans donner à l'appelante un avis suffisant de cette résiliation. Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi, ^h d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel et de rétablir le jugement du juge Richard en première instance, avec dépens en cette Cour et en Division d'appel. Les dépens en première instance devraient être ceux adjugés par le juge de première instance. ⁱ

Pourvoi accueilli avec dépens.

^j *Procureurs de l'appelante: John M. Davison et F. V. W. Penick, Halifax.*

Procureur de l'intimée: John M. Barker, Halifax.

H.W. Liebig & Company Limited *Appellant*;
and

Leading Investments Limited *Respondent*.

File No.: 16860.

1985: February 14, 15; 1986: February 28.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Contracts — Real estate — Listing agreement and agreement for purchase and sale — Buyer unwilling to close — Deposit held by broker — Vendor's action against buyer settled — Relationship between two documents — Interpretation of documents — Whether deposit to be returned to vendor or commission to be paid to broker — Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223, s. 36.

Respondent vendor listed property with appellant real estate broker. A buyer completed an agreement of purchase and sale and paid over a deposit to the broker. When the buyer refused to close the deal respondent brought an action against it for specific performance and in the alternative, for damages for breach of contract, and against the broker for the deposit. Appellant counterclaimed for its commission. The action between vendor and broker continued, but the action between the vendor and buyer was discontinued. The trial judge found that the agreement of purchase and sale governed and awarded appellant its commission but without interest or costs. The Court of Appeal reversed that decision and, given appellant's failure to find a buyer ready, willing and able to close, awarded respondent its deposit with interest and costs. The major issues here related to (1) the interpretation of the listing agreement regarding compensation to the broker and (2) the interpretation of the agreement of purchase and sale regarding such compensation and the relationship of the two documents.

Held (Estey, McIntyre and Chouinard JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Lamer and La Forest JJ.: The listing agreement governed. The bargain between vendor and broker was struck when the listing agreement was signed and its meaning was not altered by reading it with the agreement of purchase and sale. Indeed, the agreement of purchase and sale, read by itself, would

H.W. Liebig & Company Limited *Appelante*;
et

Leading Investments Limited *Intimée*.

^a N° du greffe: 16860.

1985: 14, 15 février; 1986: 28 février.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain et La Forest.

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

Contrats — Biens immobiliers — Convention d'inscription et promesse de vente — Refus de l'acheteur de mener la vente à son terme — Dépôt détenu par le courtier — Action intentée par le vendeur contre l'acheteur réglée — Lien entre deux documents — Interprétation de documents — Le dépôt doit-il être remis au vendeur ou la commission versée au courtier? — Judicature Act, R.S.O. 1980, chap. 223, art. 36.

Le vendeur intimé a inscrit son bien auprès du courtier en immeubles appellant. Un acheteur a signé une promesse de vente et a versé un dépôt au courtier. Lorsque l'acheteur a refusé de compléter l'opération, l'intimée a intenté une action contre lui en vue d'obtenir l'exécution pure et simple du contrat ou, à défaut, des dommages-intérêts pour inexécution du contrat, et contre le courtier en vue de récupérer le dépôt. Par demande reconventionnelle l'appelante a réclamé sa commission. L'action entre le vendeur et le courtier a suivi son cours, mais il y a eu désistement de l'action opposant le vendeur et l'acheteur. Le juge de première instance a conclu que la promesse de vente était le document déterminant et il a accordé à l'appelante sa commission, sans intérêt ni dépens. La Cour d'appel a infirmé cette décision et, vu que l'appelante n'avait pas trouvé d'acheteur prêt et disposé à conclure l'opération et capable de le faire, a accordé à l'intimée le dépôt, avec intérêts et dépens. Le présent litige porte principalement sur (1) l'interprétation de la convention d'inscription quant à la rémunération du courtier et (2) l'interprétation de la promesse de vente quant à cette rémunération et le lien entre les deux documents.

ⁱ *Arrêt* (les juges Estey, McIntyre et Chouinard sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

^j Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et La Forest: Le document déterminant est la convention d'inscription. Le marché entre le vendeur et le courtier a été conclu au moment de la signature de la convention d'inscription dont le sens n'est pas modifié si on la lit conjointement avec la promesse de vente. En réalité, la

not give the broker the right to claim its commission for there was neither privity of contract nor consideration between broker and vendor. The vendor, by signing the agreement of purchase and sale, intended to accept the buyer's offer; the clause in that agreement concerning the broker's commission merely confirmed the bargain struck in the listing agreement.

The operative word in the listing agreement was "sale" in the ordinary sense of transfer of property to another for a price. In the absence of evidence to the contrary, this ordinary meaning should not be displaced by a technical legal meaning used to reflect the rule that a court in the exercise of its equitable jurisdiction may order specific performance of an agreement of purchase and sale. The vendor is seeking a sale, not a lawsuit. This is supported by the general understanding of the nature of contracts of this kind.

Where the vendor has reneged, it is sufficient for the broker to establish the intended buyer ready, willing and able to buy. The vendor not having reneged, however, the broker was not entitled to his commission unless he could show the intended buyer was ready, willing and able to close on closing day. The listing contract between broker and vendor was not changed by the vendor's bringing an action against the intended buyer even though such action could affect the broker's rights by entitling him to a portion of the proceeds of investment either by virtue of *quantum meruit* or contract.

Per Le Dain J.: The event upon which the commission was payable was a completed sale. That event did not occur, not through any fault of the vendor, but because the purchaser was unwilling to complete the sale. The agent was, therefore, not entitled to the commission.

This conclusion is reached not by any presumed intention based on the "common understanding of men", as applied in *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277, which was properly repudiated in *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781, as being contrary to *Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper*, [1941] A.C. 108, but on a consideration of the terms of the listing agreement and the agreement of purchase of sale, both of which are valid and binding in so far as the obligation to pay the commission is concerned, and must be considered together.

promesse de vente ne confère pas en soi au courtier le droit de réclamer sa commission, puisqu'il n'y a pas de lien contractuel ni d'échange de contrepartie entre le courtier et le vendeur. En signant la promesse de vente, le vendeur voulait accepter l'offre de l'acheteur; la clause de la promesse concernant la commission du courtier confirme simplement le marché conclu dans la convention d'inscription.

Le mot clé de la convention d'inscription est le mot «vente» pris au sens ordinaire de transfert de la propriété à quelqu'un d'autre, moyennant un prix quelconque. En l'absence d'éléments de preuve contraires, ce sens ordinaire ne doit pas être remplacé par un sens technique et juridique permettant de refléter la règle en vertu de laquelle les tribunaux, dans l'exercice de leur compétence en *equity*, peuvent ordonner l'exécution pure et simple d'une promesse de vente. Ce que le vendeur veut c'est une vente et non une action en justice. Cela est étayé par la conception générale qu'on a des contrats de cette nature.

Lorsque c'est le vendeur qui a manqué à sa parole, il suffit que le courtier établisse que l'acheteur proposé était prêt et disposé à acheter et capable de le faire. Le vendeur n'ayant pas manqué à sa parole cependant, le courtier n'avait pas droit à sa commission à moins de pouvoir démontrer que l'acheteur proposé était prêt et disposé à acheter et capable de le faire au moment fixé pour la signature de la vente. La convention d'inscription intervenue entre le courtier et le vendeur n'a pas été modifiée par l'action intentée par le vendeur contre l'acheteur éventuel même si cette action était susceptible de modifier les droits du courtier en lui donnant droit à une partie du produit du placement soit en vertu d'un contrat soit sur une base de *quantum meruit*.

Le juge Le Dain: L'événement qui devait se produire pour que la commission soit payable était une vente signée. Cet événement ne s'est pas produit, non par la faute du vendeur, mais parce que l'acheteur n'était pas disposé à signer la vente. Le courtier n'avait donc pas droit à la commission.

Cette conclusion est tirée non pas au moyen d'une présomption d'intention fondée sur la «conception ordinaire qu'ont les gens», appliquée dans *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277, et rejetée à bon droit, dans l'arrêt *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781, pour le motif qu'elle était incompatible avec l'arrêt *Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper*, [1941] A.C. 108, mais en fonction des termes que l'on trouve dans la convention d'inscription et la promesse de vente qui sont toutes les deux valides et exécutoires dans la mesure où l'obligation de payer la commission est concernée, et doivent être examinées conjointement.

What the agent was required to do to earn his commission was to procure a valid offer to purchase. That was the consideration for the vendor's obligation to pay the commission but it was not the event upon which the commission was payable. That event was "any sale or exchange". It is clear from the terms of the listing agreement and the agreement of purchase and sale that what was contemplated was a completed sale out of the proceeds of which the commission would be payable. This results from the following provisions in the two agreements: the stipulations in the listing agreement that "the said commission is to be paid on the date set for completion of the sale" and that "for the purpose of this agreement a sale shall be deemed to include the entering into of an agreement to exchange this property or the granting of an Option to Purchase this property during the currency of this listing, if said exchange or option is subsequently completed"; and the provision in the agreement of purchase and sale that the commission is to be deducted from the deposit on the date set for completion of the sale and the vendor's solicitor is to pay the agent any unpaid balance of commission from the proceeds of the sale.

Where the event upon the occurrence of which the commission is payable is a completed sale, and the sale is not completed, the agent must show, in order to be entitled to the commission, that the purchaser was willing, ready and able to complete the sale. In other words, he must be able to show that it was not through his fault or that of the purchaser that the sale was not completed. This the agent could not show in the present case. There is an obvious difference between the case where the sale is not completed through the fault of the vendor and the case where it is not completed through the fault of the purchaser. It would not be reasonable to imply a term in the vendor's obligation to pay the commission, that in the case where the purchaser refused without justification to complete the sale, the vendor must go to the hazard and expense of a lawsuit to enforce its completion. Where the vendor successfully sues for specific performance or damages in such a case the agent should have a right to recover for his services, but it is not a claim, as in the present case, to enforce the vendor's obligation to pay a commission in accordance with the terms of the listing agreement or the agreement of purchase and sale.

Per Estey, McIntyre and Chouinard JJ., dissenting:
The agent was entitled to its commission, whether or not

Ce que le courtier était requis de faire pour mériter sa commission c'était d'obtenir une offre d'achat valable. C'était là la contrepartie de l'obligation du vendeur de payer la commission, mais ce n'était pas l'événement qui devait se produire pour que la commission soit payable. Cet événement était «toute vente ou tout échange». Il ressort clairement des termes de la convention d'inscription et de la promesse de vente que ce qui était envisagé c'était une vente signée et que la commission serait payable à même le produit de cette vente. Cela résulte des dispositions suivantes que l'on trouve dans les deux conventions: la stipulation dans la convention d'inscription, selon laquelle «ladite commission sera payée à la date fixée pour la signature de la vente», et celle portant que «pour les fins de la présente convention, vente comprend la conclusion d'une convention d'échange de la propriété ou l'octroi d'une option d'achat de la propriété pendant la durée de cette inscription, si cet échange ou cette option se réalise par la suite», ainsi que de la disposition dans la promesse de vente, selon laquelle la commission devra être déduite du dépôt à la date fixée pour la signature de l'acte de vente et le procureur du vendeur devra payer au courtier tout solde impayé de cette commission à même le produit de la vente.

Lorsqu'une vente signée constitue l'événement qui doit se produire pour que la commission soit payable et que la vente n'est pas signée, le courtier doit, pour avoir droit à sa commission, démontrer que l'acheteur était prêt et disposé à signer la vente et capable de le faire. En d'autres termes, il doit être en mesure de démontrer que ce n'est pas sa faute ni celle de l'acheteur si la vente n'a pas été signée. C'est ce que le courtier n'a pas été capable de démontrer en l'espèce. Il y a une différence manifeste entre le cas où la vente n'est pas signée par la faute du vendeur et celui où elle ne l'est pas par la faute de l'acheteur. Il ne serait pas raisonnable de supposer que l'obligation du vendeur de payer la commission comporte une condition selon laquelle, s'il arrive que l'acheteur refuse sans raison valable de signer la vente, le vendeur doit s'exposer aux risques et aux coûts d'une action en justice pour en forcer la signature. Si, par suite de son action, le vendeur réussit à obtenir l'exécution pure et simple du contrat ou encore des dommages-intérêts, le courtier doit alors avoir le droit de se faire indemniser pour ses services, mais il ne s'agit pas d'une demande, comme c'est le cas en l'espèce, visant à faire respecter l'obligation du vendeur de payer une commission conformément aux conditions de la convention d'inscription ou de la promesse de vente.

Les juges Estey, McIntyre et Chouinard, dissidents:
Le courtier avait droit à sa commission, que l'opération

the transaction closed. The terms of the listing agreement and the agreement of purchase and sale, when construed together, were consistent, compatible, complementary and provided for payment of commission upon the happening of the same event—the agent’s procuring a “valid offer” on the terms recited in the listing agreement or other terms accepted by the vendor.

The word “sale”, in this case, was better interpreted as “binding agreement for sale” than as “completed sale”. The commission was expressed to be payable upon the agent’s having procured a valid offer. The commission, too, was stated in both the listing agreement and the commission slip appended to the agreement for sale to be payable on “the date set for the completion” of the sale. These words would have no purpose unless the parties intended the obligation to arise irrespective of whether completion actually occurred. Indeed, the parties expressly prescribed the condition of performance before the liability for commission arose in the case of an agreement for exchange or option but did not prescribe such a condition in the case of contract for sale. The obligation to pay a commission under the listing agreement, therefore, arose “on the date set for completion” once a valid offer had been procured and not “on the date of completion”. The agent did everything required of him by the listing agreement and was entitled to his commission. It was not necessary to base the agent’s entitlement to commission on the commission clause in the agreement of purchase and sale given its compatibility with the clause in the listing agreement.

The offer was valid so as to trigger the obligation to pay the commission as defined by the listing agreement. Firstly, the vendor accepted the offer. Secondly, the vendor did not plead the invalidity of the agreement either in law generally or by reason of non-compliance with the licensing agreement. Thirdly, and most significantly, the vendor instituted an action pursuant to the agreement procured for it by the appellant agent in the Ontario courts to enforce that contract against the purchaser and the agent. The vendor was not in a position to say that the agreement of purchase and sale was anything less than a binding contract made pursuant to a valid offer procured by the agent. The right to seek recovery for any losses that occurred through the purchaser’s failure to complete this valid and binding contract was simply voluntarily given up. This Court accordingly was left without any information as to what

soit ou non menée à terme. Les modalités de la convention d’inscription et de la promesse de vente, conjointement interprétées, sont cohérentes, compatibles et complémentaires, et elles prévoient le paiement de la commission à la condition que le même événement se reproduise, savoir l’obtention par le courtier d’une «offre valable», aux conditions énoncées dans la convention d’inscription ou aux autres conditions que le vendeur aura acceptées.

En l’espèce, il vaut mieux interpréter le terme «vente» comme signifiant «une promesse de vente exécutoire» plutôt qu’une «vente signée». Il a été stipulé que la commission serait payable lorsque le courtier aurait obtenu une offre valable. Tant dans la convention d’inscription que dans le bordereau de commission annexé à la promesse de vente, il est également déclaré que la commission sera payable «à la date fixée pour la signature» de la vente. Ces termes seraient sans objet à moins que les parties n’aient voulu que l’obligation naisse qu’il y ait ou non signature d’un acte de vente. En fait, les parties ont prescrit expressément les modalités d’exécution à remplir pour qu’il y ait obligation de payer la commission dans le cas d’une convention d’échange ou d’option, mais elles ne l’ont pas fait relativement à un contrat de vente. L’obligation de payer une commission en vertu de la convention d’inscription prend donc naissance «à la date fixée pour la signature» après qu’une offre valable a été obtenue, et non «à la date de la signature». Le courtier, ayant fait tout ce qu’exigeait de lui la convention d’inscription, a droit à sa commission. Il n’est pas nécessaire de fonder le droit du courtier à une commission sur la clause relative à la commission figurant dans la promesse de vente vu qu’elle est compatible avec celle que l’on trouve dans la convention d’inscription.

L’offre était valable au point de donner naissance à l’obligation de payer la commission prévue par la convention d’inscription. Premièrement, le vendeur a accepté l’offre. Deuxièmement, le vendeur n’a pas plaidé l’invalidité de la promesse sur le plan du droit en général ou pour le motif qu’elle n’était pas conforme à la convention d’inscription. Troisièmement, ce qui est le plus significatif, le vendeur a intenté devant les tribunaux ontariens, en se fondant sur la promesse que lui avait obtenu le courtier appelant, une action contre l’acheteur et le courtier en exécution de cette promesse. Le vendeur n’était pas en mesure de dire que la promesse de vente était rien de moins qu’un contrat exécutoire conclu par suite d’une offre valable obtenue par le courtier. Le droit de réclamer une indemnité pour les pertes qu’a pu causer l’omission de l’acheteur de signer ce contrat valide et exécutoire a été simplement abandonné.

the vendor may have recovered by way of settlement. No amendments were made to the pleadings as against the agent. The vendor, after asserting its rights by an action and then settling, sought to secure the fruits of the action from the agent. Ordinary equitable principles, however, would not allow it to take this benefit at the expense of the unpaid agent who made its recovery possible and who had no part in reaching that settlement.

The English case *Dennis Reed, Ld. v. Goody* is no support for an expansive interpretation of a contract such as the listing agreement here, given the fact that this approach was already set aside by the Court of Appeal in *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*.

Cases Cited

By La Forest J.

Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper, [1941] A.C. 108; *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277, considered; *Gladstone v. Catena*, [1948] 2 D.L.R. 483, [1948] O.R. 182; *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781, distinguished; *Loveridge v. Cooper*, [1959] O.W.N. 81, 18 D.L.R. (2d) 337; *Alex Duff Realty Ltd. v. Eaglecrest Holdings Ltd.* (1983), 146 D.L.R. (3d) 731; *Tilden Rent-A-Car Co. v. Clendenning* (1978), 83 D.L.R. (3d) 400; *Inchbald v. Western Neilgherry Coffee, Tea and Cinchona Plantation Co.* (1864), 17 C.B. (N.S.) 733, 144 E.R. 293; *Jaques v. Lloyd D. George & Partners Ltd.*, [1968] 1 W.L.R. 625; *C and S Realities of Ottawa Ltd. v. McCutcheon* (1978), 84 D.L.R. (3d) 584, 19 O.R. (2d) 247; *Nigro v. Wilson*, [1924] N.Z.L.R. 834; *Prickett v. Badger* (1856), 1 C.B. (N.S.) 296, 140 E.R. 123; *Carsted v. Gass* (1980), 116 D.L.R. (3d) 550; *James v. Smith*, [1931] 2 K.B. 317n; *Martin v. Perry and Daw*, [1931] 2 K.B. 310; *Copeland v. Wedlock* (1905), 6 O.W.R. 539; *Ramm v. Cooper*, [1955] O.W.N. 525; *Re Brethour and Morris Ltd. v. Shields Construction Co.*, [1958] O.W.N. 128, referred to.

By Le Dain J.

McCallum v. Hicks, [1950] 2 K.B. 271; *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277; *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781; *Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper*, [1941] A.C. 108; *Ramm v. Cooper*, [1955] O.W.N. 525; *C and S Realities of Ottawa Ltd. v. McCutcheon* (1978), 19 O.R. (2d) 247; *Loveridge v. Cooper* (1959), 18 D.L.R. (2d) 337.

donné volontairement. Par conséquent, cette Cour ne disposait d'aucun renseignement sur ce que le vendeur peut avoir recouvré au moyen d'un règlement. Il n'y a eu aucune modification des conclusions écrites contre le courtier. Après avoir fait valoir ses droits au moyen d'une action qui a été ensuite réglée, le vendeur a cherché à obtenir les fruits de l'action aux dépens du courtier. Cependant, les principes ordinaires d'*equity* ne lui permettraient pas de tirer cet avantage aux dépens du courtier non payé grâce à qui il a pu obtenir une indemnité et qui n'a aucunement contribué à ce règlement.

L'arrêt anglais *Dennis Reed, Ld. v. Goody* n'appuie pas une interprétation libérale d'un contrat comme la convention d'inscription en cause en l'espèce, compte tenu du fait que cette interprétation a déjà été écartée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper*, [1941] A.C. 108; *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277; distinction faite d'avec les arrêts: *Gladstone v. Catena*, [1948] 2 D.L.R. 483, [1948] O.R. 182; *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781; arrêts mentionnés: *Loveridge v. Cooper*, [1959] O.W.N. 81, 18 D.L.R. (2d) 337; *Alex Duff Realty Ltd. v. Eaglecrest Holdings Ltd.* (1983), 146 D.L.R. (3d) 731; *Tilden Rent-A-Car Co. v. Clendenning* (1978), 83 D.L.R. (3d) 400; *Inchbald v. Western Neilgherry Coffee, Tea and Cinchona Plantation Co.* (1864), 17 C.B. (N.S.) 733, 144 E.R. 293; *Jaques v. Lloyd D. George & Partners Ltd.*, [1968] 1 W.L.R. 625; *C and S Realities of Ottawa Ltd. v. McCutcheon* (1978), 84 D.L.R. (3d) 584, 19 O.R. (2d) 247; *Nigro v. Wilson*, [1924] N.Z.L.R. 834; *Prickett v. Badger* (1856), 1 C.B. (N.S.) 296, 140 E.R. 123; *Carsted v. Gass* (1980), 116 D.L.R. (3d) 550; *James v. Smith*, [1931] 2 K.B. 317n; *Martin v. Perry and Daw*, [1931] 2 K.B. 310; *Copeland v. Wedlock* (1905), 6 O.W.R. 539; *Ramm v. Cooper*, [1955] O.W.N. 525; *Re Brethour and Morris Ltd. v. Shields Construction Co.*, [1958] O.W.N. 128.

Citée par le juge Le Dain

McCallum v. Hicks, [1950] 2 K.B. 271; *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277; *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781; *Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper*, [1941] A.C. 108; *Ramm v. Cooper*, [1955] O.W.N. 525; *C and S Realities of Ottawa Ltd. v. McCutcheon* (1978), 19 O.R. (2d) 247; *Loveridge v. Cooper* (1959), 18 D.L.R. (2d) 337.

By Estey J. (*dissenting*)

Loveridge v. Cooper, [1959] O.W.N. 81, 18 D.L.R. (2d) 337; *Gladstone v. Catena*, [1948] 2 D.L.R. 483, [1948] O.R. 182; *Township of Nelson v. Stoneham*, [1957] O.W.N. 109; *Howell and Howell v. Kenton Agencies Ltd.*, [1953] O.W.N. 248; *Re Brethour and Morris Ltd. v. Shields Construction Co.*, [1958] O.W.N. 128; *Royal Trust Co. v. Toronto Transportation Commission*, [1935] S.C.R. 671; *Murray v. Saskatoon (No. 2)* (1951), 4 W.W.R. (N.S.) 234; *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277; *Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper*, [1941] A.C. 108; *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781.

Statutes and Regulations Cited

Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223, s. 36.

Authors Cited

Oxford English Dictionary, vol. 9, Oxford, Clarendon Press, 1933, reprinted 1961, "Sale".

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 34 O.R. (2d) 175, allowing an appeal from a judgment of Eberle J. Appeal dismissed, Estey, McIntyre and Chouinard JJ. *dissenting*.

P. B. C. Pepper, Q.C., for the appellant.

A. Sternberg, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer and La Forest JJ. was delivered by

LA FOREST J.—The question in this case is whether a real estate broker may recover his commission from a vendor despite the fact that an intended purchaser found by the broker refuses to complete the transaction after entering into an agreement of sale.

Facts

The facts for the purposes of this appeal may be briefly stated. By a listing agreement dated February 5, 1974 the respondent vendor, Leading Investments Limited, gave the appellant real estate broker, H.W. Liebig & Company Limited, exclusive authority to sell certain vacant lands in the County of Halton, Ontario, for \$521,000 or such lesser amount as might be acceptable to the vendor, such authority to expire on April 30, 1974. The agreement had been drafted by the broker,

Citée par le juge Estey (*dissentant*)

Loveridge v. Cooper, [1959] O.W.N. 81, 18 D.L.R. (2d) 337; *Gladstone v. Catena*, [1948] 2 D.L.R. 483, [1948] O.R. 182; *Township of Nelson v. Stoneham*, [1957] O.W.N. 109; *Howell and Howell v. Kenton Agencies Ltd.*, [1953] O.W.N. 248; *Re Brethour and Morris Ltd. v. Shields Construction Co.*, [1958] O.W.N. 128; *Royal Trust Co. v. Toronto Transportation Commission*, [1935] R.C.S. 671; *Murray v. Saskatoon (No. 2)* (1951), 4 W.W.R. (N.S.) 234; *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277; *Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper*, [1941] A.C. 108; *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781.

Lois et règlements cités

Judicature Act, R.S.O. 1980, chap. 223, art. 36.

Doctrine citée

Oxford English Dictionary, vol. 9, Oxford, Clarendon Press, 1933, reprinted 1961, «Sale».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 34 O.R. (2d) 175, qui a accueilli l'appel formé contre un jugement du juge Eberle. Pourvoi rejeté, les juges Estey, McIntyre et Chouinard sont dissidents.

P. B. C. Pepper, c.r., pour l'appelante.

A. Sternberg, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer et La Forest rendu par

LE JUGE LA FOREST—La question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si un courtier en immeubles peut réclamer sa commission à un vendeur même si l'acheteur éventuel que le courtier a trouvé refuse de compléter l'opération après avoir signé une promesse de vente.

Les faits

On peut résumer les faits du présent pourvoi de la façon suivante. En vertu d'une convention d'inscription datée du 5 février 1974, la venderesse intimée, Leading Investments Limited, a confié au courtier en immeubles appellant, H.W. Liebig & Company Limited, le mandat exclusif de vendre un certain terrain vague situé dans le comté de Halton, en Ontario, pour le prix de 521 000 \$ ou pour un prix moindre qui pourrait être acceptable pour le vendeur, ce mandat devant prendre fin le

Liebig. Two paragraphs of the agreement deal with the commission to be paid the broker for its efforts. They read as follows:

I agree to pay a commission of 5% of the sale price on any sale or exchange howsoever effected during the currency of this authority. It is understood and agreed that the said commission is to be paid on the date set for completion of the sale, if the said listing Broker or his sub-agents procure a valid offer on the terms and conditions set out in this listing agreement or on such other terms or conditions as I may accept or, if the property is sold by me or anyone on my behalf within 90 days after the expiration of this authority to anyone who has been made aware of the property, through the marketing activities of you or your sub-agents during the term of this authority.

For the purpose of this agreement a sale shall be deemed to include the entering into of an agreement to exchange this property or the granting of an Option to Purchase this property during the currency of this listing, if said exchange or option is subsequently completed.

A month after the listing agreement was made the broker was successful in obtaining an offer from New Forest Investments Limited. By the agreement of purchase and sale, the latter unconditionally agreed to purchase the lands from Leading for a total consideration of \$453,000, the transaction to close on May 31, 1974. Pursuant to this agreement New Forest paid the broker the sum of \$15,000 as a deposit to be put in trust. The vendor, Leading, accepted the offer by signing a clause at the foot of the agreement in the following terms:

I hereby accept the above Offer and agree to and with the Purchaser to carry out the same on the terms and conditions above mentioned.

I agree to pay the Agent a commission of 5% of the sale price for having procured this Offer, said commission to be deducted from the deposit on the date set for completion of sale and I irrevocably instruct my Solicitor to pay direct to the said Agent, any unpaid balance of commission from the proceeds of the sale and further instruct the agents to remit any balance of monies to my Solicitor herein.

30 avril 1974. La convention avait été préparée par le courtier, Liebig. Deux articles de la convention portent sur la commission payable au courtier pour ses efforts. Les voici:

^a [TRADUCTION] Je conviens de payer une commission de 5 pour 100 du prix de vente pour toute vente ou tout échange effectués de quelque manière pendant la durée du présent mandat. Il est entendu et convenu que ladite commission sera payée à la date fixée pour la signature de la vente, si le courtier inscripteur ou ses sous-agents obtiennent une offre valable aux conditions énoncées dans la présente convention d'inscription ou à toute autre condition que je pourrai accepter ou, si dans les quatre-vingt-dix jours après la fin du présent mandat, moi-même ou quelqu'un pour mon compte vend ladite propriété à quiconque se sera intéressé à la propriété à cause de vos démarches ou de celles de vos sous-agents pendant la durée du présent mandat.

^d Pour les fins de la présente convention, vente comprend la conclusion d'une convention d'échange de la propriété ou l'octroi d'une option d'achat de la propriété pendant la durée de cette inscription, si cet échange ou cette option se réalise par la suite.

Un mois après l'inscription, le courtier a réussi à obtenir une offre de New Forest Investments Limited. Cette dernière a convenu inconditionnellement, par promesse d'achat, d'acheter le terrain de Leading pour le prix total de 453 000 \$, l'opération devant être complétée le 31 mai 1974. Conformément à cette promesse d'achat, New Forest a versé au courtier à titre de dépôt en fiducie la somme de 15 000 \$. Le vendeur, Leading, a accepté l'offre en signant la clause inscrite au pied de la promesse d'achat et conçue dans les termes suivants:

^h [TRADUCTION] J'accepte l'offre ci-dessus et m'engage envers l'acheteur à en respecter les modalités susmentionnées.

ⁱ Je conviens de payer à l'agent une commission de 5 pour 100 du prix de vente pour avoir obtenu cette offre, ladite commission devant être déduite du dépôt à la date fixée pour la signature de l'acte de vente, et j'enjoins de façon irrévocable à mon procureur de payer directement audit agent tout solde impayé de ladite commission à même le produit de la vente et j'enjoins de plus aux agents de remettre tout solde à mon procureur nommé aux présentes.

The transaction did not go through; this, it was conceded by the present parties, was owing to the default of the purchaser, New Forest, which subsequently released any claim it might have to the deposit.

Counsel engaged in some discussion regarding the intention of the parties as revealed by oral and documentary evidence of what transpired between them. In particular reference was made to three other transactions between the parties at about the same time, in two of which wording was added in the commission clause expressly stating that the commission was payable only if the transaction was completed. But counsel for the appellant, Liebig, rightly conceded that this was only of marginal relevance. He presented these facts largely as showing that the vendor was experienced in the area. In the absence of other evidence, no other weight can properly be attached to them in view of the fact that the other transactions were completed later than that with which we are concerned. In any event, the case was not argued on that basis. As counsel for Liebig himself put it, "this case falls to be decided not on the credibility of witnesses but rather on the interpretation of two documents". That, he added, was the "narrow point of the law" it sought to have determined.

I agree that there are no special considerations militating in favour of Leading. Though Mr. Miller, who controls it, does not appear to have had the benefit of counsel in dealing with this transaction, it is clear that he is an experienced business man. But while there is thus nothing in the particular context requiring consideration, it must be remembered that the words used in a document are not to be interpreted in a vacuum. One must at least advert to the kind of document that is in question and the common understanding of people about such documents.

On July 10, 1975, Leading brought action against the defaulting purchaser, New Forest, for specific performance of the agreement and against Liebig for the deposit. Liebig counterclaimed for \$22,650 as commission for having procured a bind-

L'opération n'a pas été complétée; les parties reconnaissent qu'elle n'a pas eu lieu par la faute de l'acheteur, New Forest, qui a par la suite renoncé à tout droit qu'il pouvait avoir au dépôt.

Les avocats se sont engagés dans une discussion de l'intention des parties, telle qu'elle ressort de la preuve testimoniale et documentaire portant sur ce qui s'est produit entre elles. On a mentionné en particulier trois autres opérations intervenues entre les parties à peu près à la même époque, dont deux dans lesquelles on avait ajouté expressément, dans la clause relative à la commission, que ladite commission ne serait payable que si l'opération était complétée. Cependant, l'avocat de l'appelante Liebig a reconnu à juste titre que cela n'avait que peu d'importance. Selon lui, ces faits venaient surtout démontrer que le vendeur avait de l'expérience en la matière. En l'absence d'autres éléments de preuve, aucune autre valeur ne peut vraiment leur être accordée étant donné le fait que les autres opérations ont été complétées après celle qui nous intéresse. De toute façon, l'affaire n'a pas été débattue en fonction de cela. Comme le fait valoir lui-même l'avocat de Liebig [TRADUCTION] «la présente affaire doit être tranchée non pas en fonction de la crédibilité des témoins mais en fonction de l'interprétation de deux documents». C'est là, ajoute-t-il, le «point de droit précis» qu'elle cherche à faire trancher.

Je reconnais qu'il n'y a aucune considération spéciale qui milite en faveur de Leading. Bien que M. Miller, qui la contrôle, ne paraisse pas avoir eu recours aux services d'un conseiller juridique pour effectuer cette opération, il est clair qu'il s'agit d'un homme d'affaires averti. Mais bien qu'il n'y ait rien dans le contexte précis dont il faille tenir compte, il faut se rappeler que les mots employés dans un document ne doivent pas s'interpréter dans le vide. Il faut au moins se reporter au type de document dont il s'agit et à la conception ordinaire qu'ont les gens de ces documents.

Le 10 juillet 1975, Leading a intenté une action contre l'acheteur défaillant, New Forest, en vue d'obtenir l'exécution pure et simple du contrat et contre Liebig en vue de récupérer le dépôt. Liebig a présenté une demande reconventionnelle de

ing agreement of sale, together with interest and costs. The action between the vendor and the intended purchaser was settled, but the only real information we have about the terms of the settlement is that the purchaser released the deposit.

The action between the present parties went to trial on the question whether Leading was entitled to the \$15,000 deposit or whether Liebig was entitled to its commission of \$22,650 plus interest and costs. The trial judge, Eberle J., held in favour of Liebig. In his view the agreement of purchase and sale was the controlling document and he construed the clause therein signed by Leading as entitling Liebig to its commission on the completion of that agreement. He, however, awarded no interest or costs.

This judgment was reversed by the Ontario Court of Appeal (Brooke, Wilson (now of this Court) and Morden J.J.A.) In its view the governing document was the listing agreement the words of which, having regard to the expectations of the parties in entering into such an agreement, meant that to succeed the broker had to procure a purchaser who at the date fixed for closing was ready, able and willing to complete the transaction. This the broker failed to do. Leading was, therefore, awarded \$15,000 with interest and costs.

Liebig sought and was granted leave to appeal to this Court.

The Issues

Liebig not only raises the correctness of the substantive decision of the Court of Appeal but also its award of interest. However, the major issues relate to:

1. the interpretation of the provisions of the listing agreement regarding compensation to the broker; and
2. the interpretation of the provisions of the agreement of purchase and sale regarding such compensation and the relationship of this document with the listing agreement.

22 650 \$ en paiement de la commission pour avoir obtenu une promesse de vente exécutoire, le tout avec intérêts et dépens. L'action entre le vendeur et l'acheteur éventuel a été réglée, mais les seuls véritables renseignements que nous ayons à propos des modalités de règlement sont que l'acheteur a renoncé au dépôt.

L'action des parties aux présentes a été instruite en fonction de la question de savoir si Leading avait droit au dépôt de 15 000 \$ ou si Liebig avait droit à sa commission de 22 650 \$ avec intérêts et dépens. Le juge de première instance Eberle a statué en faveur de Liebig. À son avis, la promesse de vente est le document déterminant et, selon son interprétation d'une clause y contenue que Leading a signée, Liebig avait droit à sa commission à la signature de cette promesse. Il n'a cependant accordé aucuns intérêts ni aucuns dépens.

La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Brooke, Wilson (maintenant juge de cette Cour) et Morden) a infirmé cette décision. À son avis, le document déterminant est la convention d'inscription dont les termes, compte tenu des attentes des parties qui concluent un tel accord, signifiaient que, pour remplir sa part de l'opération, le courtier devait trouver un acheteur qui, à la date établie pour la signature, serait prêt et disposé à conclure l'opération et capable de le faire. Le courtier n'a pas réussi à le faire. Leading s'est donc vu accorder 15 000 \$ avec intérêts et dépens.

Liebig a demandé et obtenu la permission de se pourvoir en cette Cour.

Les questions en litige

Liebig conteste non seulement la justesse de la décision de fond de la Cour d'appel, mais aussi l'adjudication des intérêts. Cependant le litige porte principalement sur:

1. l'interprétation des dispositions de la convention d'inscription quant à la rémunération du courtier; et
2. l'interprétation des dispositions de la promesse de vente quant à cette rémunération et le lien entre ce document et la convention d'inscription.

General Considerations

Before entering into a discussion of the precise terms of the documents in question, it is useful to make some general observations about contracts between vendors of land and real estate brokers. There can, as Viscount Simon pointed out in *Luxor (Eastbourne), Ltd. v. Cooper*, [1941] A.C. 108, at p. 119, be considerable difficulty in formulating general principles on the subject because there is no single pattern followed and the precise terms of the relevant contract must be examined. That consideration, however, should not be overstated, particularly having regard to the organization of the real estate sales business in Canada. The bulk of agreements are in standard form. In the present case, counsel for Liebig informed us that the wording in both the listing agreement and in the agreement of purchase and sale was that used in the standard forms of these agreements prepared by the Ontario Association of Real Estate Boards.

In addition, Viscount Simon's statement must not be viewed as an invitation to ignore the general nature of vendors' contracts with real estate brokers or the practice regarding them. Viscount Simon and, for that matter, the other judges in the *Luxor* case, do not do so. Lord Wright, for example, expressly stated at p. 139 that in construing the contract before him he took account of "the more general aspects of the course of business in these matters".

Now generally when a vendor seeks the service of a real estate broker, what he wants to do is to dispose of his property. He is not attempting to get an offer that will not go through, or to obtain a right of action against a purchaser. I am not the first to give expression to this obvious fact; see, *inter alia*, *Dennis Reed, Ltd. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277, at p. 284, *per* Denning L.J. (C.A.); *folld. Loveridge v. Cooper* (1959), 18 D.L.R. (2d) 337, at p. 345 (Ont. C.A.)

The real estate broker knows this too. His whole business revolves on contingencies. He (or as often she) ordinarily operates on the basis that his remuneration is contingent on finding a purchaser for a

Considérations d'ordre général

Avant d'aborder l'analyse des termes précis des documents en question, il sera utile de formuler quelques observations générales à propos des contrats qui sont conclus entre les vendeurs de biens-fonds et les courtiers en immeubles. Comme le souligne le vicomte Simon dans l'arrêt *Luxor (Eastbourne), Ltd. v. Cooper*, [1941] A.C. 108, à la p. 119, il peut être très difficile de formuler des principes généraux sur la question parce qu'il n'y a pas de modèle unique et qu'il faut examiner les conditions précises du contrat applicable. Il ne faut cependant pas trop insister sur cet aspect, compte tenu surtout de l'organisation du commerce de l'immeuble au Canada. La plupart des conventions sont faites selon une formule normalisée. En l'espèce, l'avocat de Liebig nous a informé que le texte tant de la convention d'inscription que de la promesse de vente est celui qu'on trouve dans les formules normalisées de ces conventions, préparées par l'Ontario Association of Real Estate Boards.

De plus, il ne faut pas considérer cette affirmation du vicomte Simon comme une invitation à ne pas tenir compte de la nature générale des contrats entre les vendeurs et les courtiers en immeubles ou de la pratique qui les entoure. Le vicomte Simon et, sur ce point, les autres juges dans l'arrêt *Luxor* en ont certainement tenu compte. Lord Wright, par exemple, dit expressément à la p. 139 que pour interpréter le contrat qui lui était soumis il a tenu compte des [TRADUCTION] «aspects plus généraux de la pratique commerciale en ce domaine».

En général, lorsqu'un vendeur a recours aux services d'un courtier en immeubles, ce qu'il veut faire c'est aliéner sa propriété. Il ne cherche pas à obtenir une offre qui ne se concrétisera pas, ou encore un droit d'action contre un acheteur. Je ne suis pas le premier à exprimer cette évidence; voir notamment: *Dennis Reed, Ltd. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277, à la p. 284, le lord juge Denning (C.A.); suivi par *Loveridge v. Cooper* (1959), 18 D.L.R. (2d) 337, à la p. 345 (C.A. Ont.)

Le courtier en immeubles en est conscient lui aussi. Tout son commerce repose sur des aléas. La rémunération qu'il (ou, tout aussi souvent, elle) touche dépend ordinairement de la découverte d'un

property; the arrangement is not a contract of employment. "The contracts", as Lord Russell of Killowen put it in *Luxor (Eastbourne), Ltd. v. Cooper, supra*, at p. 124, "are merely promises binding on the principal to pay a sum of money upon the happening of a specified event . . ." Counsel for Liebig put it that a listing agreement is rather like a hunting licence. I agree. But as in hunting, the broker may spend much time and effort but fail to achieve his goal in a particular case. Still, the venture is well worth it. There is other game and the prize is enticing. Real estate commissions are substantial. For a similar view, see Lord Russell of Killowen in the *Luxor* case, *supra*, at p. 124.

The real estate broker may seek to change the rules of the game by altering the words of the contractual documents which ordinarily emanate from him and often have been drafted at the behest of real estate associations. More often than not they are signed by the vendor without the benefit of legal counsel and often without even reading them. This has led some courts to interpret these documents *contra proferentem* (see *Alex Duff Realty Ltd. v. Eaglecrest Holdings Ltd.* (1983), 146 D.L.R. (3d) 731 (Alta. C.A.)), and others to hold that the signature of a party in such circumstances can only be relied on as manifesting assent to a document when it is reasonable for the party relying on the signed document to believe that the signer really did assent to its contents (see *Tilden Rent-A-Car Co. v. Clendenning* (1978), 83 D.L.R. (3d) 400 (Ont. C.A.))

I need not enter into a consideration of these cases. I simply mention them as illustrating the reliance of courts on the general background in assessing the intention of contractual parties. In this as in other situations the courts, in interpreting the contract, read its words in the context in which they are found. Many courts have echoed the sentiment of Lord Wright in the *Luxor* case, *supra*, at p. 137, that "language is imperfect";

acheteur pour la propriété; la convention n'est pas un contrat de travail. Comme l'affirme lord Russell of Killowen dans l'arrêt *Luxor (Eastbourne), Ltd. v. Cooper*, précité, à la p. 124, [TRADUCTION] « Les contrats sont de simples promesses qui obligent le mandant à payer une somme d'argent quand surviendra un événement précis . . . » L'avocat de Liebig affirme qu'une convention d'inscription ressemble plutôt à un permis de chasse. Je suis d'accord avec cela. Mais, tout comme à la chasse, le courtier peut consacrer beaucoup de temps et d'efforts sans toutefois atteindre son objectif dans un cas donné. Mais il reste que le jeu en vaut bien la chandelle. Il y a d'autre gibier à chasser et la récompense est alléchante. Les commissions touchées pour les opérations immobilières sont importantes. Lord Russell of Killowen exprime la même idée dans l'arrêt *Luxor*, précité, à la p. 124.

Le courtier en immeubles peut chercher à changer les règles du jeu en modifiant la formulation des documents contractuels qui émanent ordinairement de lui et qui sont souvent rédigés sur l'ordre d'associations immobilières. Plus souvent qu'autrement le vendeur les signe sans avoir recours aux services d'un conseiller juridique et même souvent sans les lire. Cette situation a amené certains tribunaux à interpréter ces documents *contra proferentem* (voir *Alex Duff Realty Ltd. v. Eaglecrest Holdings Ltd.* (1983), 146 D.L.R. (3d) 731 (C.A. Alb.)), et d'autres à statuer que la signature de l'une des parties dans ces circonstances ne peut signifier son assentiment au document que s'il est raisonnable pour la partie qui invoque le document ainsi signé de croire que le signataire a réellement donné son consentement au contenu du document (voir *Tilden Rent-A-Car Co. v. Clendenning* (1978), 83 D.L.R. (3d) 400 (C.A. Ont.))

Je n'ai pas besoin d'analyser ces arrêts. Je les mentionne simplement pour démontrer que les tribunaux s'en remettent au contexte général pour déterminer l'intention des parties au contrat. Dans cette situation comme dans les autres, les tribunaux interprètent les termes d'un contrat en fonction du contexte dans lequel ils sont utilisés. De nombreux tribunaux ont partagé le sentiment exprimé par lord Wright dans l'arrêt *Luxor*, pré-

words must necessarily take meaning from the context in which they are expressed.

I have already related the general context and the common understanding of people about contracts for the sale of land by real estate brokers. Of course, as earlier stated, parties need not conform with the common understanding. So, in the *Luxor* case, *supra*, at p. 120, Viscount Simon mentions the case where an agent is employed in the strict sense of the word to sell a property, citing *Inchbald v. Western Neilgherry Coffee, Tea and Cinchona Plantation Co.* (1864), 17 C.B. (N.S.) 733, 144 E.R. 293, as an example; see also Lord Russell of Killowen and Lord Wright in *Luxor*, at pp. 128, and 147-48, respectively. That relatively unusual arrangement bears no resemblance to the present case, but Viscount Simon (p. 120) also mentions the situation, more germane here, where the parties agree that the agent is to get his commission on procuring an adequate offer. But in considering whether such an agreement has been made, it is important to note that this will not be assumed in the absence of clear terms. The words of Lord Russell of Killowen, at p. 129 of the same case, underline this. He says:

It is possible that an owner may be willing to bind himself to pay a commission for the mere introduction of one who offers to purchase at the specified or minimum price; but such a construction of the contract would in my opinion require clear and unequivocal language.

Other judges, notably Lord Denning, have used similar language. In *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, *supra*, real estate brokers sought, on the basis of the words in the contract, to recover their commission despite the fact that the proposed purchaser had withdrawn his offer. They strongly relied on the words of the contract that simply required that the agent "find a person ready, able and willing to purchase the . . . property". In rejecting this argument, Lord Denning said in part at p. 288:

cité, à la p. 137, selon lequel [TRADUCTION] «la langue est imparfaite»; les mots doivent nécessairement tirer leur sens du contexte dans lequel ils sont employés.

^a J'ai déjà fait état du contexte général et de la conception ordinaire qu'ont les gens des contrats relatifs à la vente de terrains par des courtiers en immeubles. Bien sûr, comme je l'ai déjà dit, les parties ne sont pas tenues de se conformer à cette conception ordinaire. Ainsi, à la p. 120 de l'arrêt *Luxor*, précité, le vicomte Simon mentionne le cas où un agent est employé au sens strict du terme pour vendre une propriété, en citant comme exemple l'arrêt *Inchbald v. Western Neilgherry Coffee, Tea and Cinchona Plantation Co.* (1864), 17 C.B. (N.S.) 733, 144 E.R. 293; voir également lord Russell of Killowen et lord Wright dans l'arrêt *Luxor*, aux pp. 128, 147 et 148 respectivement. Cet arrangement plutôt inhabituel n'offre aucune ressemblance avec l'espèce, mais le vicomte Simon (à la p. 120) mentionne également la situation plus apparentée à celle de l'espèce, où les parties conviennent que l'agent touchera sa commission quand il aura obtenu une offre valable. Mais pour décider si une telle convention est intervenue, il est important de noter que son existence ne sera pas présumée en l'absence de termes clairs. C'est ce que souligne lord Russell of Killowen, à la p. 129 du même arrêt:

[TRADUCTION] Il est possible qu'un propriétaire consente à s'obliger à payer une commission pour la seule présentation de quelqu'un qui offrira d'acheter au prix mentionné ou à un prix minimum; mais une telle interprétation du contrat exige à mon avis un langage clair et non équivoque.

^b D'autres juges, notamment lord Denning, ont employé un langage similaire. Dans l'arrêt *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, précité, les courtiers en immeubles ont cherché, en invoquant les termes du contrat, à se faire payer leur commission en dépit du fait que l'acheteur proposé avait retiré son offre. Ils se sont fortement appuyés sur les termes du contrat qui exigeaient simplement que l'agent [TRADUCTION] «trouve une personne prête et disposée à acheter la . . . propriété et capable de le faire». En rejetant cet argument, lord Denning affirme notamment à la p. 288:

So far, I have considered this particular clause only. But I would like to add that the various new clauses that have appeared seem to be capable of a similar interpretation. I can see no sensible distinction between instructions to “find a purchaser,” “find a party prepared to purchase,” “find a purchaser able and willing to complete the transaction,” and “find a person ready, willing and able to purchase.” The rights and liabilities of house owners in these cases should not depend on fine verbal differences. If estate agents desire to get full commission not only on sales, but also on offers, they must use “clear and unequivocal language”: see *Luxor (Eastbourne) Ld. v. Cooper*, per Lord Russell. Such a claim is, indeed, so contrary to the ordinary understanding on these matters that I think that the estate agent who desires it should bring it specifically to the notice of the house owner and get his specific agreement to it.

In *Jaques v. Lloyd D. George & Partners Ltd.*, [1968] 1 W.L.R. 625 (C.A.), he reiterated his views in the following passage at p. 630:

The principles which in my opinion are applicable are these: When an estate agent is employed to find a purchaser for a business or a house, the ordinary understanding of mankind is that the commission is payable out of the purchase price when the matter is concluded. If the agent seeks to depart from that ordinary and well-understood term, then he must make it perfectly plain to his client. He must bring it home to him such as to make sure he agrees to it.

These and other cases underline that, in construing listing agreements, the words used must be read in the light of the general context and the common understanding of these agreements.

I am aware that there are statements in *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781 (C.A.), that express the view that Lord Denning went too far in his statement of the law. I do not myself accept this view, but at all events, the contract there used more precise language than is ordinarily found in such transactions. It provided that the commission was payable on the agents’ “effecting an introduction . . . of a person . . . ready able and willing to purchase”. There is no

[TRADUCTION] Jusqu’ici, j’ai analysé seulement cette clause particulière. Mais j’aimerais ajouter que les différentes clauses nouvelles qui sont apparues semblent susceptibles d’être interprétées de façon similaire. Je ne puis voir de différence appréciable entre des instructions de «trouver un acheteur», «trouver une personne prête à acheter», «trouver un acheteur prêt à conclure l’opération et capable de le faire», et «trouver une personne prête et disposée à acheter et capable de le faire». Les droits et responsabilités des propriétaires de maisons dans ces cas ne devraient pas dépendre de différences subtiles dans les termes utilisés. Si les agents d’immeubles souhaitent obtenir leur commission au complet non seulement pour les ventes, mais aussi pour les offres, ils doivent utiliser un «langage clair et non équivoque»: voir *Luxor (Eastbourne) Ld. v. Cooper*, lord Russell. Une telle demande est, en réalité, si contraire à la conception ordinaire qu’on a de ces questions que je crois que l’agent d’immeubles qui veut y recourir doit la porter expressément à l’attention du propriétaire de la maison et obtenir son consentement exprès à celle-ci.

Dans l’arrêt *Jaques v. Lloyd D. George & Partners Ltd.*, [1968] 1 W.L.R. 625 (C.A.), il exprime à nouveau son avis dans le passage suivant, à la p. 630:

[TRADUCTION] Les principes applicables sont à mon avis les suivants: lorsqu’on a recours à un agent d’immeubles pour trouver un acheteur pour un commerce ou une résidence, la conception ordinaire qu’ont les gens est que la commission est payable à même le prix d’achat lorsque le marché est conclu. Si l’agent veut s’écarter de cette condition ordinaire et bien connue, alors il doit le dire très clairement à son client. Il doit le lui faire comprendre de façon à s’assurer qu’il y consent.

Ce que cet arrêt et d’autres arrêts soulignent c’est que les mots utilisés dans les conventions d’inscription doivent être interprétés en fonction du contexte général et de la conception ordinaire qu’on a de ces conventions.

Je sais qu’il y a, dans l’arrêt *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781 (C.A.), des passages où l’on se dit d’avis que lord Denning est allé trop loin dans son énoncé de la règle applicable. Je ne partage pas ce point de vue, mais de toute façon le contrat en cause dans cette affaire était rédigé en termes plus précis que ceux qu’on trouve habituellement dans de telles opérations. On y prévoyait que la commission était payable aux agents [TRADUCTION] «qui présente-

comparable language here, and I would again draw attention to Lord Russell's statement, cited above, that "such a construction of the contract would . . . require clear and unequivocal language". What is more it was the vendor, and not the purchaser, who reneged in that case.

With this background I turn now to the specific words used in the listing agreement and in the agreement of purchase and sale.

The Listing Agreement

The first part of the provision in the listing agreement, which is cited earlier, seems clear enough on its face. The vendor (Leading) agrees to pay the broker (Liebig) a commission of 5 per cent of the sale price on any sale or exchange howsoever effected during the continuance of the listing agreement. The operative word in the present case is sale but the implication of transfer in the word exchange should not be ignored. Indeed, I would have thought the primary meaning of sale was the transfer of property to another for a price. That is substantially what the *Oxford English Dictionary* tells us. It defines sale as:

The action or an act of selling or making over to another for a price; the exchange of a commodity for money or other valuable consideration.

This interpretation is reinforced, if reinforcement is needed, by the common understanding of the import of this type of contract to which I have already referred. Some support for this view may also be deduced from the second paragraph of the commission clause which provides that a sale shall include an exchange or option if these are subsequently completed: see *C and S Realties of Ottawa Ltd. v. McCutcheon* (1978), 84 D.L.R. (3d) 584 (Ont. H.C.), *per* Henry J.

I am aware, of course, that lawyers frequently speak of an agreement of sale as being a sale. That approach flows from the fact that courts, under

raient . . . une personne . . . prête et disposée à acheter et capable de le faire.» Il n'y a pas de termes comparables en l'espèce et je tiens à rappeler de nouveau la déclaration précitée de lord Russell portant que [TRADUCTION] «une telle interprétation du contrat exige . . . un langage clair et non équivoque». Qui plus est, c'est le vendeur et non l'acheteur qui a manqué à sa parole dans cette affaire.

Après avoir ainsi établi le contexte, j'aborde maintenant les termes précis employés dans la convention d'inscription et dans la promesse de vente.

La convention d'inscription

La première partie de la disposition déjà citée de la convention d'inscription paraît assez claire à première vue. Le vendeur (Leading) s'engage à payer au courtier (Liebig) une commission de 5 pour 100 du prix de vente pour toute vente ou tout échange effectués de quelque manière pendant la durée de la convention d'inscription. Le mot clé en l'espèce est le mot vente, mais il ne faut pas oublier la notion du transfert de propriété que comporte le terme échange. En réalité, j'aurais pensé que le sens premier du mot vente est le transfert de la propriété à quelqu'un d'autre, moyennant un prix quelconque. C'est en substance ce que nous dit l'*Oxford English Dictionary* au sujet du mot *sale* qu'il définit ainsi:

[TRADUCTION] L'action ou l'acte de vendre ou de transférer à quelqu'un d'autre moyennant un prix; l'échange d'une marchandise contre de l'argent ou une autre considération valable.

Cette interprétation est renforcée, au besoin, par la conception ordinaire qu'on a de la portée de ce genre de contrat dont j'ai déjà parlé. On peut également conclure que ce point de vue est appuyé dans une certaine mesure par le second alinéa de la clause relative à la commission, lequel stipule qu'une vente comprend un échange ou une option si l'un ou l'autre se réalise par la suite: voir *C and S Realties of Ottawa Ltd. v. McCutcheon* (1978), 84 D.L.R. (3d) 584 (H.C. Ont.), le juge Henry.

Il va sans dire que je suis conscient que les avocats parlent souvent d'une promesse de vente comme s'il s'agissait d'une vente. Cela tient au fait

their equitable jurisdiction, have power to order specific performance of such agreements. The trial judge refers to this in his oral reasons for judgment relying on certain remarks in the judgment of Laidlaw J.A. in *Gladstone v. Catena*, [1948] 2 D.L.R. 483 (Ont. C.A.), at p. 487. The latter had in turn cited a statement from the New Zealand case *Nigro v. Wilson*, [1924] N.Z.L.R. 834, at p. 839, that "A sale is 'effected' when made, a title in equity being created."

While the remarks of Laidlaw J.A. were later relied on in a number of decisions at first instance, the issue in *Gladstone v. Catena*, *supra*, as the Court of Appeal in the present case noted, was really whether a contract had been entered into at all. The question of the rights and obligations of the parties when a broker procures an intended purchaser who later reneges did not arise. Laidlaw J.A. was certainly not giving the opinion of the Court of Appeal on the issue with which we are concerned. Hogg J.A., who also sat, thought the words there used in the listing agreement meant the same as "completion of the sale". Henderson J.A. agreed with both.

To approach the issue in the way Laidlaw J.A. appears to have done involves transposing a doctrine intended to do equity so as to create an inequitable situation not contemplated by the parties. I do not think the technical meaning that lawyers may attach to a word for certain purposes should be substituted for the ordinary meaning of that word in everyday speech unless there is evidence that the parties intended to use it in that special or technical sense. I have not found the word defined in that sense in the *Oxford Dictionary*, and it flies against the ordinary understanding of people as to the meaning of the word, particularly, as has been judicially recognized, in the context of this kind of agreement. I realize, of course, that people will sometimes say they have sold a property when they have accepted an offer for it. But that is wishful thinking based on the

que les tribunaux, en vertu de leur compétence en *equity*, ont le pouvoir d'ordonner l'exécution pure et simple de ces conventions. Le juge de première instance mentionne cela dans ses motifs oraux de jugement en invoquant certaines observations formulées par le juge Laidlaw dans l'arrêt *Gladstone v. Catena*, [1948] 2 D.L.R. 483 (C.A. Ont.), à la p. 487. Ce dernier avait pour sa part cité un passage de l'arrêt néo-zélandais *Nigro v. Wilson*, [1924] N.Z.L.R. 834, à la p. 839, portant que [TRADUCTION] «Une vente est «réalisée» lorsqu'elle est faite, un titre en *equity* étant créé.»

Bien que les observations du juge Laidlaw aient été plus tard invoquées dans un certain nombre de décisions de première instance, la question en litige dans l'arrêt *Gladstone v. Catena*, précité, comme l'a souligné la Cour d'appel en l'espèce, était de savoir s'il y avait vraiment eu contrat. La question des droits et obligations qu'ont les parties lorsqu'un courtier trouve un acheteur éventuel qui par la suite manque à sa parole ne s'était pas posée. Le juge Laidlaw ne donnait certainement pas l'avis de la Cour d'appel sur la question qui se pose en l'espèce. Le juge Hogg qui faisait partie de la même formation a estimé que les mots utilisés dans la convention d'inscription alors en cause étaient synonymes de [TRADUCTION] «signature de la vente». Le juge Henderson s'est dit d'accord avec les deux.

Analyser la question comme le juge Laidlaw paraît l'avoir fait équivaut à appliquer un principe destiné à rendre justice de manière à créer une situation inéquitable que les parties n'ont pas prévue. Je ne pense pas qu'il faille remplacer le sens ordinaire d'un mot du langage courant par le sens technique que les avocats peuvent lui attribuer à certaines fins, à moins qu'il n'y ait des éléments de preuve que les parties ont voulu utiliser ce mot dans son sens spécial ou technique. Je n'ai pas trouvé cette définition du mot dans l'*Oxford Dictionary* et elle va à l'encontre de la conception ordinaire qu'ont les gens quant au sens de ce mot, particulièrement celle que les tribunaux ont reconnue, dans le contexte de ce genre de convention. Je me rends compte bien sûr que les gens disent parfois qu'ils ont vendu leur propriété alors qu'ils ont accepté une offre d'achat. Mais

normal sequence of events. If there is a chance that a proposed purchaser will renege, the vendor will wistfully inform you that he thought it was sold.

This is perhaps another way of saying that what the vendor seeks to obtain is a sale, not a lawsuit. All a lawyer means when he speaks of an agreement of sale as being a sale is that it ordinarily carries a right to specific performance. But that is obviously not what the parties have in mind in entering into the contract; they are thinking of a completed sale. The fact that a lawyer, if consulted by the vendor, would seek to make this understanding clear is merely a credit to his caution, a natural bent of lawyers supported in this instance, as we have seen, by some authority. This, however, does not alter the plain meaning of the words as used by ordinary people in an ordinary business setting.

Counsel for Liebig argued that it was sufficient for the broker to establish that he had procured a person who was ready, able and willing to purchase. That is certainly true where it is the vendor who reneges. In that case, the broker could recover either on a *quantum meruit* (see *Prickett v. Badger* (1856), 1 C.B. (N.S.) 296, 140 E.R. 123; *Carsted v. Gass* (1980), 116 D.L.R. (3d) 550 (Man. C.A.), or in contract: see, *inter alia*, the *Luxor* case, *supra*, at pp. 120, 126, 142. The action in contract may be justified, on several bases, including the fact that it is the vendor's own fault that the contract is not completed; see *Dennis Reed, Ld. v. Goody, supra*, at p. 285. In cases where the vendor has not reneged, however, the courts have not allowed the broker to obtain his commission unless he was able to show that the proposed purchaser was ready, able and willing to purchase at the time set for the completion of the sale: see *James v. Smith*, [1931] 2 K.B. 317n (C.A.); *Martin v. Perry and Daw*, [1931] 2 K.B. 310; *Loveridge v. Cooper, supra*; see also *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli, supra*.

c'est là un optimisme outré fondé sur le déroulement normal des événements. S'il arrive que l'acheteur proposé manque à sa parole, le vendeur vous dira avec regret qu'il croyait sa propriété
a vendue.

C'est peut-être là une autre façon de dire que ce que le vendeur voulait c'est une vente et non une action en justice. Tout ce qu'un avocat veut dire
b lorsqu'il parle d'une promesse de vente comme s'il s'agissait d'une vente c'est qu'ordinairement la promesse comporte le droit d'en exiger l'exécution pure et simple. Mais ce n'est manifestement pas ce
c que les parties ont à l'esprit lorsqu'elles passent le contrat; elles ont à l'esprit une vente signée. Le fait qu'un avocat consulté par le vendeur tenterait de spécifier clairement cette intention n'est qu'un
d signe de sa prudence, une tendance naturelle pour les avocats, confirmée en l'espèce, comme nous l'avons vu, par une certaine jurisprudence. Cela ne modifie cependant pas le sens normal des mots utilisés par les gens ordinaires dans le cours ordinaire des affaires.

L'avocat de Liebig soutient qu'il suffit que le courtier prouve qu'il a présenté une personne prête et disposée à acheter et capable de le faire. Cela est certainement vrai lorsque c'est le vendeur qui
f manque à sa parole. Dans ce cas, le courtier pourrait être indemnisé soit sur une base de *quantum meruit* (voir *Prickett v. Badger* (1856), 1 C.B. (N.S.) 296, 140 E.R. 123; *Carsted v. Gass* (1980), 116 D.L.R. (3d) 550 (C.A. Man.), ou sur une base
g contractuelle: voir notamment l'arrêt *Luxor*, précité, aux pp. 120, 126 et 142. L'action contractuelle peut se justifier de plusieurs façons, notamment par le fait que c'est par la faute même du
h vendeur que le contrat n'a pas été conclu; voir *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, précité, à la p. 285. Toutefois dans les cas où le vendeur n'a pas manqué à sa parole, les tribunaux n'ont permis au courtier de toucher sa commission que s'il était en
i mesure de démontrer que l'acheteur proposé était prêt et disposé à acheter et capable de le faire au moment fixé pour la signature de la vente; voir
j *James v. Smith*, [1931] 2 K.B. 317n (C.A.); *Martin v. Perry and Daw*, [1931] 2 K.B. 310; *Loveridge v. Cooper*, précité; voir aussi *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, précité.

The fact that the vendor brought action against the person who agreed to purchase in no way changes the situation. The contract between the vendor and the real estate broker cannot be changed by the subsequent dealings between the vendor and his intended purchaser. This does not mean, however, that such actions may not affect the broker's rights. If, for example, the vendor sued and recovered a substantial amount from the intended purchaser, either by judgment or settlement, the broker could recover for his services to the vendor on a *quantum meruit*, or as we would now say, in restitution. Otherwise the vendor would be unjustly enriched from the efforts of the broker at the vendor's request.

In a case where the purchaser is ready, able and willing to comply with the offer, the compensation to which a broker is entitled is the amount of the agreed fee, whether the action is grounded in contract or on a *quantum meruit*. It is different in a case where the broker brings an action on a *quantum meruit* to recover his appropriate share of a judgment or settlement obtained by the vendor against the purchaser. In such a case I would have thought a fair amount of compensation would be the agreed percentage of the amount received on the judgment or settlement, less the vendor's costs and probably a reasonable allowance for his efforts in proceeding with the claim. For a judgment is a very different thing from a sale; it involves many other risks and pitfalls. Consistent with these last remarks, I do not think the broker can force the vendor to institute a lawsuit: see, *inter alia*, *Dennis Reed, Ltd. v. Goody, supra*; *Carsted v. Gass, supra*,

I need not enter further into this matter. In the present case a claim in *quantum meruit* or restitution was not pressed. We have no information about the settlement except that the proposed purchaser released his claim to the deposit. And that deposit in ordinary circumstances belongs to the vendor. It is recompense to him for the fact that his property was taken off the market for a time as well as for his loss of bargaining power

Le fait que le vendeur ait intenté l'action contre la personne qui a convenu d'acheter ne change rien à la situation. Le contrat intervenu entre le vendeur et le courtier en immeubles ne peut être modifié par des transactions subséquentes entre le vendeur et l'acheteur éventuel. Cela ne signifie cependant pas que ces actions ne peuvent pas modifier les droits du courtier. Si, par exemple, le vendeur a poursuivi l'acheteur éventuel et en a récupéré un montant important soit par jugement soit par règlement, le courtier peut être rémunéré pour les services rendus au vendeur sur une base de *quantum meruit*, ou comme on dirait maintenant, en restitution. Autrement, il y aurait enrichissement sans cause du vendeur par suite des efforts déployés par le courtier à la demande du vendeur.

Dans le cas où l'acheteur est prêt et disposé à donner suite à l'offre et capable de le faire, la rémunération à laquelle le courtier a droit est le montant de la commission convenue, que l'action soit fondée sur un contrat ou sur le *quantum meruit*. C'est autre chose si le courtier intente une action fondée sur le *quantum meruit* pour toucher sa part d'un montant accordé par jugement ou règlement obtenu par le vendeur contre l'acheteur. Dans ce cas, j'aurais cru qu'un montant de rémunération équitable serait le pourcentage convenu de la somme obtenue par jugement ou par règlement, moins les frais du vendeur, et probablement un montant raisonnable pour les efforts qu'il a déployés pour procéder à la réclamation. En effet, un jugement diffère beaucoup d'une vente, il comporte de nombreux autres risques et embûches. Conformément à ces dernières observations, je ne crois pas que le courtier puisse forcer le vendeur à intenter une action: voir notamment *Dennis Reed, Ltd. v. Goody, précité*; *Carsted v. Gass, précité*.

Il n'est pas nécessaire que j'examine cette question plus à fond. En l'espèce, il n'y a pas eu de demande en *quantum meruit* ou en restitution. Le seul renseignement que nous ayons au sujet du règlement est que l'acheteur proposé a renoncé à son droit au dépôt. Dans les circonstances ordinaires, ce dépôt appartient au vendeur. Il permet de l'indemniser pour le retrait temporaire de sa propriété du marché tout autant que pour la perte de

resulting from the revelation of an amount that he would be prepared to accept.

The foregoing disposes of the arguments relating to the meaning of sale in the listing agreement. However, the listing agreement goes on to say:

It is understood and agreed that the . . . commission is to be paid on the date set for completion of the sale, if the said listing Broker or his sub-agents procure a valid offer on the terms and conditions set out in this listing agreement or on such other terms or conditions as I may accept

These words, counsel for Liebig argues, indicate that payment of the commission is due when an offer is procured, though payable on completion. As I read this sentence, however, it is simply a direction regarding the manner in which the commission is to be paid when there is a sale or exchange as provided for in the first sentence of the clause. It is to be paid at the time of the completion of sale, on the basis of a valid offer on the terms and conditions set out in the listing agreement or on such other terms as the vendor may have accepted.

The argument that the words "procure a valid offer" were added to standard listing agreements by real estate boards in view of the use of similar words by Meredith C.J. in *Copeland v. Wedlock* (1905), 6 O.W.R. 539 (Div. Ct.), at p. 540, does not impress me. The agreement in that case was entirely different from that in the present case. What is more, whatever may have been the intention of the real estate boards in adding those words (about which we have no evidence except counsel's *ipse dixit*) is really not relevant. It is not what these boards may have intended a court might read into the clause that is determinative. It is what a court, from an objective standpoint, thinks both parties in the circumstances would have agreed to by the words used. And when one looks at these words in the light of the common understanding of people about this kind of contract, it becomes evident that this is not the meaning to be attached to them. Certainly they are far indeed from bringing home that meaning to the vendor.

son pouvoir de négocier résultant de la révélation du montant qu'il était prêt à accepter.

Ce qui précède règle les arguments relatifs au sens du mot vente dans la convention d'inscription. Cependant, la convention d'inscription comporte aussi la clause suivante:

[TRADUCTION] Il est entendu et convenu que la . . . commission sera payée à la date fixée pour la signature de la vente, si le courtier inscripteur ou ses sous-agents obtiennent une offre valable aux conditions énoncées dans la présente convention d'inscription ou à toute autre condition que je pourrai accepter . . .

L'avocat de Liebig soutient que ces mots indiquent que le paiement de la commission est dû lorsqu'il y a une offre, bien qu'elle soit payable à la signature. Selon mon interprétation de cette phrase, il s'agit simplement d'une directive quant à la manière dont la commission doit être payée lorsqu'il y a une vente ou échange tel que prévu à la première phrase de l'article. Elle est payable au moment de la signature de la vente, après avoir obtenu une offre valable aux conditions énoncées dans la convention d'inscription ou à toute autre condition que le vendeur peut avoir acceptée.

Je ne suis pas impressionné par l'argument selon lequel les mots [TRADUCTION] «obtiennent une offre valable» ont été ajoutés aux formules d'inscription normalisées par les chambres d'immeubles à cause de l'emploi de termes semblables par le juge en chef Meredith dans l'arrêt *Copeland v. Wedlock* (1905), 6 O.W.R. 539 (C. div.), à la p. 540. Dans cette affaire, la convention était tout à fait différente de celle en l'espèce. De plus, la question de savoir quelle a pu être l'intention des chambres d'immeubles en ajoutant ces mots (à propos de laquelle je n'ai comme élément de preuve que ce que dit l'avocat) est vraiment sans importance. Ce qui est déterminant n'est pas la façon dont ces chambres peuvent avoir voulu que l'article puisse être interprété par la cour. C'est ce que la cour estime, d'un point de vue objectif, être ce sur quoi les deux parties se sont entendues dans les circonstances en raison des mots employés. Si l'on examine ces mots en fonction de la conception ordinaire qu'ont les gens quant à ce genre de contrat, il devient évident que ce n'est pas le sens qu'il faut leur attribuer. Ils sont certainement loin d'avoir ce sens pour le vendeur.

I would, therefore, conclude that the listing agreement does not entitle the broker to his commission.

The Purchase and Sale Agreement

I shall at the outset baldly state that I agree with the Court of Appeal that the vendor and broker struck their bargain when they signed the listing agreement. What the vendor had in mind in signing the agreement of purchase and sale was to accept the intended purchaser's offer. There was, to be sure, a clause in the latter agreement stating that he would pay the broker the commission but he had already agreed to this. This was the reality of the situation traditionally dealt with under the rubric that there was no privity of contract between the vendor and the broker under that agreement. That the broker was not considered a party to the transaction is evident from the fact that Mr. Liebig, who (since he controlled Liebig) would ordinarily have signed for the broker, witnessed the vendor's signature. As well, as the Court of Appeal notes, there was no consideration flowing from the broker to the vendor.

As the Court of Appeal also notes, there is no evidence that the parties intended to amend the listing agreement and there is nothing in the agreement of purchase and sale to warrant that conclusion. It would have to be clearly established that the purchase and sale agreement had altered the bargain struck under the listing agreement: see *Ramm v. Cooper*, [1955] O.W.N. 525 (Ont. C.A.) Reading the two documents in harmony as counsel for Liebig asks us to do, the agreement of purchase and sale merely confirms the bargain struck in the listing agreement.

Even standing alone, the words of the agreement of purchase and sale contemplate payment on the completion of sale, words that must be read in accordance with the common understanding of contracts of this kind. As already explained in dealing with the listing agreement, the broker would also be able to effect recovery if the purchaser was ready, able and willing to complete the sale at the time contemplated for closing; see *Re*

Je suis donc d'avis de conclure que la convention d'inscription ne permet pas au courtier d'exiger sa commission.

a La promesse de vente

Je dirai carrément dès le début que je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le vendeur et le courtier ont conclu leur marché au moment de la signature de la convention d'inscription. Ce que le vendeur avait à l'esprit en signant la promesse de vente était d'accepter l'offre de l'acheteur éventuel. Cette dernière convention comportait bien sûr une clause énonçant qu'il paierait la commission au courtier, mais il avait déjà convenu de le faire. Il s'agit vraiment de la situation au sujet de laquelle on dit ordinairement qu'il n'y a pas de lien contractuel entre le vendeur et le courtier en vertu de cette convention. Il ressort clairement qu'on n'a pas considéré que le courtier était partie à l'opération du fait que M. Liebig, qui (puisque'il contrôlait la société Liebig) aurait ordinairement signé pour le compte du courtier, a certifié la signature du vendeur. Comme la Cour d'appel le souligne, il n'y a pas d'échange de contrepartie entre le courtier et le vendeur.

Comme la Cour d'appel le fait également remarquer, il n'y a aucune preuve que les parties ont voulu modifier la convention d'inscription et il n'y a rien dans la promesse de vente pour justifier cette conclusion. Il faudrait qu'il soit clairement établi que la promesse de vente a eu pour effet de modifier le marché conclu dans la convention d'inscription: voir *Ramm v. Cooper*, [1955] O.W.N. 525 (C.A. Ont.) Si on lit les deux documents de manière à les faire concorder ainsi que l'avocat de Liebig nous demande de le faire, la promesse de vente confirme simplement le marché conclu dans la convention d'inscription.

Même pris isolément, les mots utilisés dans la promesse de vente prévoient le paiement à la signature de la vente et ces mots doivent être interprétés conformément à la conception ordinaire qu'ont les gens quant à ce genre de contrat. Comme je l'ai déjà expliqué en examinant la convention d'inscription, le courtier pourrait également être indemnisé si l'acheteur avait été prêt et disposé à signer la vente et capable de le faire au moment prévu

Brethour and Morris Ltd. v. Shields Construction Co., [1958] O.W.N. 128 (Ont. H.C.)

Counsel for Liebig placed some reliance on the case just cited but I would observe that the agreement of purchase and sale there (the only document) was, as Spence J. observed, “not in the usual form when commission is to be payable only in the event of a sale being completed” but was “drafted carefully to avoid implication” (see p. 131). No reference to the completion of sale was there made (p. 129).

In my view, then, the governing agreement is the listing agreement and I do not think its meaning is in any way altered by reading it with the agreement of purchase and sale. Indeed, I do not think the latter agreement, read by itself, would give the broker the right to claim his commission.

Interest and Costs

Counsel for Liebig, we saw, also questioned the Court of Appeal’s award of interest and argued that it did not comply with s. 36 of the *Judicature Act*, now R.S.O. 1980, c. 223. However, leave to appeal to this Court was not made on this point, but solely on the ground that the Court of Appeal erred in holding that Liebig was not entitled to a commission. Under these circumstances it would appear inappropriate to deal with this matter.

Counsel also argued that the trial judge should have awarded Liebig costs, but in view of the conclusion I have arrived at, that issue has become irrelevant.

Conclusion

I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Estey, McIntyre and Chouinard J.J. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—The issue on this appeal is whether a vendor of real estate (here the respondent-plaintiff) is liable to pay commission to

pour la signature; voir *Re Brethour and Morris Ltd. v. Shields Construction Co.*, [1958] O.W.N. 128 (H.C. Ont.)

^a L’avocat de Liebig a invoqué jusqu’à un certain point ce dernier arrêt, mais je tiens à souligner que la promesse de vente dans cette affaire (le seul document en cause) n’était pas rédigée, comme l’a fait remarquer le juge Spence, [TRADUCTION] ^b «selon la formule usuelle en vertu de laquelle la commission est payable seulement si une vente est signée», mais avait été [TRADUCTION] «soigneusement rédigée pour éviter cette conséquence» (voir à la p. 131). On n’y faisait pas mention de la signature de la vente (à la p. 129).

Donc, à mon avis le document déterminant est la convention d’inscription et je ne crois pas que son sens soit modifié de quelque façon si on la lit ^d conjointement avec la promesse de vente. En réalité, je ne crois pas que cette dernière convention confère en soi au courtier le droit de réclamer sa commission.

^e Les intérêts et les dépens

Comme nous l’avons déjà vu, l’avocat de Liebig a aussi contesté l’adjudication d’intérêts par la Cour d’appel et a soutenu que cela était contraire à l’art. 36 de la *Judicature Act*, maintenant R.S.O. 1980, chap. 223. Toutefois, l’autorisation de pourvoi devant cette Cour n’a pas été accordée sur ce point, mais seulement relativement au moyen portant que la Cour d’appel a commis une ^g erreur en statuant que Liebig n’avait pas droit à une commission. Dans ces circonstances, il semblerait inopportun d’aborder cette question.

L’avocat a aussi soutenu que le juge de première ^h instance aurait dû accorder des dépens à Liebig, mais à cause de la conclusion à laquelle je suis arrivé, cette question n’est plus pertinente.

Conclusion

ⁱ Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Estey, McIntyre et Chouinard rendus par

^j LE JUGE ESTEY (*dissident*)—Dans ce pourvoi, il s’agit de savoir si le vendeur d’un immeuble (en l’espèce la demanderesse-intimée) est tenu de

a real estate agent (the appellant-defendant) who succeeded in procuring an agreement for sale which was never performed due to the default of the purchaser. The purchaser is not a party to this appeal, but was a defendant in the action brought by the vendor. The claims against the purchaser were discontinued prior to trial.

The essential facts are not in dispute, the issue turning on the interpretation of a real estate listing agreement and a commission agreement appended to the aforementioned agreement of purchase and sale. The listing agreement complied with the provincial statute. The relevant part of the contract states:

I agree to pay a commission of 5% of the sale price on any sale or exchange howsoever effected . . . [T]he said commission is to be paid on the date set for completion of the sale, if the said listing Broker . . . procure[s] a valid offer on the terms and conditions set out in this listing agreement or on such other terms or conditions as I may accept . . .

There is no issue raised as to the validity of the offer procured by the agent, or as to its conformity with the terms of the listing agreement. The vendor accepted the offer, and an agreement of purchase and sale was entered into. The commission clause in this agreement reads as follows:

I agree to pay the Agent a commission of 5% of the sale price for having procured this Offer, said commission to be deducted from the deposit on the date set for completion of sale . . .

The learned trial judge made several findings and interpretations *en route* to concluding that the agent had established its entitlement to commission. Initially, he found that Miller, the principal of the vendor company,

. . . had, at that time, no understanding of, or any belief in, any arrangement with the agent whereby he would not have to pay any commission unless this transaction closed.

The trial judge then proceeded to an analysis of the listing agreement and the commission slip appended to and forming part of the agreement for purchase and sale, and stated:

payer la commission du courtier en immeubles (la défenderesse-appelante) qui a réussi à obtenir une promesse de vente qui n'a jamais été exécutée par la faute de l'acheteur. L'acheteur n'est pas partie au pourvoi, mais était défendeur à l'action intentée par le vendeur. La demande formée contre l'acheteur a été retirée avant l'instruction.

Les faits essentiels ne sont pas contestés, le litige portant sur l'interprétation de la convention d'inscription et de la convention relative à la commission annexée à la promesse de vente précitée. La convention d'inscription est conforme à la loi provinciale. La partie du contrat qui nous intéresse est la suivante:

[TRADUCTION] Je conviens de payer une commission de 5 pour 100 du prix de vente pour toute vente ou échange effectués de quelque manière . . . [L]adite commission sera payée à la date fixée pour la signature de la vente, si le courtier inscripteur . . . obtien[t] une offre valable aux conditions énoncées dans la présente convention d'inscription ou à toute autre condition que je pourrai accepter . . .

La validité de l'offre obtenue par le courtier n'est pas contestée ni sa conformité avec les conditions de la convention d'inscription. Le vendeur a accepté l'offre et une promesse de vente a été conclue. La clause portant sur la commission que comporte cette promesse est rédigée ainsi:

[TRADUCTION] Je conviens de payer à l'agent une commission de 5 pour 100 du prix de vente pour avoir obtenu cette offre, ladite commission devant être déduite du dépôt à la date fixée pour la signature de l'acte de vente . . .

Le savant juge de première instance, après avoir procédé à plusieurs constatations et à plusieurs interprétations, a conclu que le courtier avait démontré son droit à la commission. Il a d'abord constaté que Miller, le mandant de la compagnie venderesse,

[TRADUCTION] . . . n'avait à l'époque nullement convenu ni ne croyait avoir convenu d'un arrangement quelconque avec le courtier, en vertu duquel il n'aurait à payer aucune commission à moins que l'opération ne soit menée à terme.

Le juge de première instance a alors analysé la convention d'inscription et le bordereau de commission annexé à la promesse de vente dont il fait partie intégrante, pour dire:

In my view, the governing terms [in this case] are those in the agreement of purchase and sale, [which terms entitle] the agent to commission, whether or not the transaction closes.

With respect, I am in agreement with that conclusion although I find that the same result is more easily reached by construing the listing agreement and the agreement of purchase and sale together. When this is done, it is readily apparent that their terms are consistent, compatible, complementary, and provide for payment of commission upon the happening of the same event, namely, the agent's procuring of a "valid offer" on the terms recited in the listing agreement or on other terms the vendor accepts.

The Court of Appeal concluded otherwise. In interpreting the commission clause in the listing agreement, Brooke J.A. came to rest for support in law upon the judgment of Roach J.A. in *Loveridge v. Cooper*, [1959] O.W.N. 81, 18 D.L.R. (2d) 337. The learned justice in appeal stated in his reasons (18 D.L.R. (2d) 343):

To succeed the plaintiff had to prove as part of his case, that the purchasers at the relevant time were willing, ready and able to complete the deal or, to put it otherwise, that the non-completion was not due to any default by them. The relevant time was the date fixed for closing the deal . . . The plaintiff was not entitled to succeed by merely proving that he had obtained a binding offer to purchase on terms agreed upon by the defendant.

There may be in today's law room for disagreement with the comments of Roach J. It does not seem to be a practical distinction to require the vendor to pay a commission when the purchaser is of a mind to close the contract and the vendor is not, but not when it is the purchaser who decides that he is not ready, willing and able to complete the purchase. We do not need, however, to decide the validity or otherwise of the above-quoted comment, because one need only turn to the contract before the court in the *Loveridge* case, *supra*, to see that that case concerned contractual provisions very different from those which are presented in

[TRADUCTION] À mon avis, les stipulations décisives [en l'espèce] sont celles de la promesse de vente [qui donnent] au courtier [droit] à sa commission, que l'opération soit ou non menée à terme.

^a Avec égards, je suis d'accord avec cette conclusion, même si j'estime qu'il est plus facile d'arriver au même résultat par une interprétation conjointe de la convention d'inscription et de la promesse de vente. Lorsqu'on se livre à cet exercice, il devient évident que leurs modalités sont cohérentes, compatibles et complémentaires, et qu'elles prévoient le paiement de la commission à la condition que le même événement se produise, soit l'obtention par le courtier d'une [TRADUCTION] «offre valable», aux conditions énoncées dans la convention d'inscription ou aux autres conditions que le vendeur aura acceptées.

^d La Cour d'appel en a décidé autrement. Dans son interprétation de la clause relative à la commission, que l'on trouve dans la convention d'inscription, le juge Brooke en vient à se fonder en droit sur l'arrêt du juge Roach, *Loveridge v. Cooper*, [1959] O.W.N. 81, 18 D.L.R. (2d) 337. Le savant juge de la Cour d'appel affirme dans ses motifs (18 D.L.R. (2d) 343):

[TRADUCTION] Pour avoir gain de cause, le demandeur devait prouver notamment que les acheteurs, au moment voulu, étaient prêts et disposés à conclure le marché et étaient capables de le faire ou, autrement dit, que ce n'était pas leur faute si le marché n'avait pu être conclu. Le moment voulu, c'était la date prévue pour conclure le marché . . . Le demandeur ne pouvait avoir gain de cause en se bornant à prouver qu'il avait obtenu une offre d'achat exécutoire aux conditions convenues par le défendeur.

^h Il se peut qu'il y ait, dans le droit d'aujourd'hui, place au désaccord avec ce qu'a dit le juge Roach. Ce ne semble pas être une distinction pratique que d'exiger du vendeur qu'il paie la commission lorsque l'acheteur veut conclure le contrat mais non le vendeur, mais de ne pas l'exiger lorsque c'est l'acheteur qui décide qu'il n'est pas prêt et disposé à compléter l'achat, et qu'il n'est pas capable de le faire. Nous n'avons pas cependant à nous prononcer sur la validité des observations citées ci-dessus, car il suffit d'analyser le contrat dont la cour était saisie dans l'affaire *Loveridge*, précitée, pour constater qu'elle portait sur des stipulations contrac-

this appeal. The listing agreement in the *Loveridge* case provided:

If said property is sold by you or your agents before the expiration of this agreement, . . . I agree to pay you . . . Commission of Five per cent.

The Court of Appeal in that case was, therefore, concerned with the meaning of the word "sold" used by itself to describe the contingency upon which commission would be payable. The words of the *Loveridge* contract stand in sharp contrast to the terminology employed by the parties in the listing agreement here. In the instant case, the contract provides that commission will be payable if a sale is effected, but this is qualified by the words, "if the . . . listing Broker . . . procure[s] a valid offer . . ." No such terminology appeared in *Loveridge*.

The case of *Gladstone v. Catena*, [1948] O.R. 182 (C.A.), also concerned a contract in which commission was expressed to be payable only upon the "sale" of the property. Because the contract in the present appeal differs materially from the contracts in both *Loveridge*, *supra*, and *Gladstone*, *supra*, I do not find it necessary to determine, as between the judgments of the Court of Appeal in the two earlier cases, which of the interpretations given was correct on the facts common to both. In the latter case, Hogg and Laidlaw J.J.A. reached different results. Hogg J.A. decided that a "sale effected" is indistinguishable from a completed sale. Laidlaw J.A., on the other hand, reached the contrary conclusion that a sale is "effected" once an agreement for purchase and sale is entered into by a vendor and purchaser, whether or not that contract is actually performed as prescribed in the contract or otherwise. His Lordship stated at p. 187:

The grammatical meaning of the words "on any sale effected" is perfectly plain to me . . . A "sale effected" is a sale made by a vendor to a purchaser. I do not say that the purchase price has to be paid, the transfer of title must be completed, or that all obligations under such a contract have to be fulfilled, to bring a transaction within the meaning of the words "sale effected".

tuelles fort différentes de celles présentement en cause. La convention d'inscription dans l'affaire *Loveridge* stipulait:

[TRADUCTION] Si ladite propriété est vendue par vous ou vos agents avant l'expiration de la présente convention . . . je conviens de vous verser . . . une commission de cinq pour cent.

La Cour d'appel, dans cette affaire, devait donc s'intéresser au sens du terme «vendue», employé seul pour décrire l'événement qui devrait se produire pour que la commission soit payable. Les termes du contrat *Loveridge* contrastent vivement avec la terminologie utilisée par les parties dans la convention d'inscription en l'espèce. Dans la présente affaire, le contrat stipule que la commission sera payable si une vente est réalisée, ce qui est précisé par la proposition conditionnelle [TRADUCTION] «si le . . . courtier inscripteur . . . obtien[t] une offre valable . . .» On ne trouve rien de semblable dans l'affaire *Loveridge*.

L'arrêt *Gladstone v. Catena*, [1948] O.R. 182 (C.A.), portait aussi sur un contrat où il était stipulé qu'une commission serait payable uniquement à la «vente» de la propriété. Comme le contrat en cause en l'espèce diffère substantiellement des contrats tant de l'affaire *Loveridge*, précitée, que de l'affaire *Gladstone*, précitée, je n'estime pas nécessaire de décider laquelle des interprétations données dans ces deux arrêts de la Cour d'appel était la bonne d'après les faits communs aux deux. Dans cette dernière affaire, les juges Hogg et Laidlaw sont arrivés à des résultats différents. Le juge Hogg a décidé qu'une [TRADUCTION] «vente réalisée» ne saurait être distinguée d'une vente signée. Le juge Laidlaw, d'autre part, est arrivé à la conclusion contraire selon laquelle une vente est «réalisée» lorsque le vendeur et l'acheteur concluent une promesse de vente, peu importe que ce contrat soit effectivement exécuté conformément à ses termes ou autrement. Sa Seigneurie dit à la p. 187:

[TRADUCTION] Le sens grammatical des termes «pour toute vente réalisée» est parfaitement clair pour moi . . . Une «vente réalisée» est une vente faite par un vendeur à un acheteur. Je ne dis pas que le prix d'achat doit être payé, que le transfert du titre de propriété doit avoir eu lieu, ou que toutes les obligations que comporte ce genre de contrat doivent avoir été remplies, pour que l'opéra-

There must, however, be a valid contract between the vendor and the purchaser. It was so decided in *Nigro v. Wilson et al.*, [1924] N.Z.L.R. 834, where Stout C.J. at p. 839, says: "A sale is 'effected' when made, a title in equity being created." See also *Bellingham et al. v. Bly* (1915), 34 N.Z.L.R. 538.

Standing alone, the word "sale" may be interpreted to mean either a binding agreement for sale or a completed sale. In the circumstances of the present appeal, the former interpretation is to be preferred, for the simple reason that here, commission is expressed to be payable upon the agent's having procured a valid offer.

Further, in both the listing agreement and the commission slip appended to the agreement for sale in this case, it is stated that commission will be payable "on the date set for completion" of the sale. This wording too is critically absent from the contracts before the court in *Gladstone, supra*, and *Loveridge, supra*. The use of these words is for no purpose unless the parties intended that the obligation would arise irrespective of whether or not completion actually occurred. The words are "on the date set for completion", not "on the date of completion". It would have been a simple matter of draftsmanship to accommodate the requirement that money actually change hands between vendor and purchaser before liability to pay commission to the agent arises in the vendor. The adoption by the parties of the words "to be paid on the date set for completion of the sale" supports clearly the subsequent wording in the commission clause in the listing agreement that the agent's entitlement to commission shall arise should he "procure a valid offer".

A further term of the listing agreement here in issue provides:

... a sale shall be deemed to include the entering into of an agreement to exchange this property or the granting of an Option to Purchase this property during the currency of this listing, if said exchange or option is subsequently completed.

This clause has no direct application in the present case, because the agreement of purchase and sale

tion soit visée par les termes «vente réalisée». Mais le vendeur et l'acheteur doivent être liés par un contrat valide. Il en a été ainsi décidé dans l'arrêt *Nigro v. Wilson et al.*, [1924] N.Z.L.R. 834, où le juge en chef Stout dit à la p. 839: «Une vente est «réalisée» lorsqu'elle est faite, un titre en *equity* étant créé.» Voir aussi l'arrêt *Bellingham et al. v. Bly* (1915), 34 N.Z.L.R. 538.

Pris isolément, le terme «vente» peut être interprété comme signifiant soit une promesse de vente exécutoire, soit une vente signée. Compte tenu des présentes circonstances, c'est la première interprétation qu'il faut préférer pour la simple raison qu'il a été stipulé que la commission serait payable lorsqu'il a été stipulé que la commission serait payable lorsque le courtier aurait obtenu une offre valable.

En outre, tant dans la convention d'inscription que dans le bordereau de commission annexé à la promesse de vente en l'espèce, il est déclaré que la commission sera payable [TRADUCTION] «à la date fixée pour la signature» de la vente. Cette stipulation n'apparaît pas non plus, ce qui est décisif, dans les contrats dont la cour était saisie dans les affaires *Gladstone* et *Loveridge*, précitées. Le recours à ces termes est sans objet à moins que les parties n'aient voulu que l'obligation naisse qu'il y ait ou non signature d'un acte de vente. On stipule [TRADUCTION] «à la date fixée pour la signature», non «à la date de la signature». Cela aurait été une simple question de rédaction que de prévoir que le prix de vente devrait être payé par l'acheteur au vendeur avant que le paiement de la commission au courtier ne soit exigible du vendeur. L'adoption par les parties des termes [TRADUCTION] «sera payée à la date fixée pour la signature de la vente» confirme manifestement le texte subséquent de la clause relative à la commission qui, dans la convention d'inscription, stipule que le courtier aura droit à sa commission s'il [TRADUCTION] «obtient une offre valable».

Dans une autre clause de la convention d'inscription en cause en l'espèce, on stipule:

[TRADUCTION] ... vente comprend la conclusion d'une convention d'échange de la propriété ou l'octroi d'une option d'achat de la propriété pendant la durée de cette inscription, si cet échange ou cette option se réalise par la suite.

Cette clause ne s'applique pas directement en l'espèce, car la promesse de vente obtenue par le

procured by the agent and accepted by the vendor did not provide for any "exchange [of] this property" or for "an Option to Purchase". Its relevance here is confined to the fact that its presence in the listing agreement reinforces the significance and emphasizes the absence of the requirement that unlike an exchange or option, a straightforward agreement for sale need not be performed before commission becomes payable to the agent. The parties expressly prescribed the condition of performance before liability for commission arises in the vendor in the case of an agreement for exchange or option of the listed property. No such condition was prescribed in the case of a contract for the sale of the listed property. The term "sale" is not restrictively defined by this agreement but rather is expansively defined to include an exchange or option to sell. The obligation to pay commission as defined by the opening clause of the listing agreement is unaffected by the later definitive provision.

It is, moreover, not without significance that, as the learned trial judge has found, these parties in three contemporaneous transactions took pains to include in the listing agreement a precise provision making commission payable only upon the closing of the sale established by any valid offer procured by the agent and accepted by the vendor. The absence of such a clause in the contract here in issue takes on, in these circumstances, added significance. While this is a relevant consideration, it by itself is far from controlling and goes mainly to the sincerity of the respondent's testimony on the interpretation of the two contracts.

It follows that the condition of "completion" is inapplicable on the facts of this appeal. In my view, the obligation to pay a commission under the opening clause of the listing agreement as set out above, arises on "the date set for completion" once a "valid offer" has been procured. The agent, having done everything required of him by the listing agreement, is entitled to his commission.

courtier, et acceptée par le vendeur, ne prévoit aucun «échange [de] la propriété» ni aucune «option d'achat». Son importance en l'espèce est confinée au fait que sa présence dans la convention d'inscription souligne qu'il n'est pas nécessaire, contrairement au cas d'un échange ou d'une option, qu'une promesse pure et simple de vente soit exécutée pour que la commission devienne payable au courtier, et en renforce le sens. Les parties ont expressément prévu les modalités d'exécution à remplir pour que le vendeur ait à verser la commission dans le cas d'une convention d'échange ou d'option visant la propriété inscrite. Aucune condition de ce genre n'est prévue dans le cas d'un contrat de vente de la propriété inscrite. Le terme «vente» n'est pas défini de façon restrictive par cette convention qui lui donne plutôt un sens large, incluant l'échange ou l'option de vendre. L'obligation de payer une commission que stipule la clause liminaire de la convention d'inscription n'est pas modifiée par la disposition péremptoire que l'on trouve plus loin.

Il n'est pas non plus sans importance que, comme l'a constaté le savant juge de première instance, les parties, dans trois opérations intervenues à la même époque, aient pris la peine d'inclure dans la convention d'inscription une disposition stipulant expressément que la commission ne sera payable qu'à la signature de la vente rendue possible par toute offre valable obtenue par le courtier et acceptée par le vendeur. L'absence d'une clause semblable dans le contrat dont il est question en l'espèce revêt, dans ces circonstances, une importance accrue. Mais si c'est là un facteur pertinent, il n'est pas en lui-même décisif, ne portant principalement que sur la sincérité du témoignage de l'intimée en ce qui concerne l'interprétation des deux contrats.

Il s'ensuit que la condition de la «signature» est inapplicable selon les faits du présent pourvoi. À mon sens, l'obligation de payer une commission en vertu de la clause liminaire de la convention d'inscription, énoncée plus haut, prend naissance à [TRADUCTION] «la date fixée pour la signature» après qu'une «offre valable» a été obtenue. Le courtier, ayant fait tout ce qu'exigeait de lui la convention d'inscription, a droit à sa commission.

This conclusion is in harmony with the plain terms of the commission slip appended to the agreement of purchase and sale, which clearly states that commission is to be paid to the agent "for having procured this Offer". Even if there were a conflict between the two contracts, however, I would be inclined to accept the view of the trial judge that the later in time and the more precise in purpose (the agreement of purchase and sale) would be dominant. At one time, the argument might have been made that under the law of the Province of Ontario, the vendor incurs no liability to the agent under such a clause in the agreement for sale, because the latter did not execute the agreement for sale. Here, however, the agent is listed in the body of the agreement as the vendor's agent in the transaction, and did in fact execute the agreement as witness to the signature of the purchaser. There are numerous cases in which in like circumstances, the agent has been held entitled to claim commission based on a clause appended to an agreement of purchase and sale: see, for example, *Township of Nelson v. Stoneham*, [1957] O.W.N. 109 (C.A.), *Howell and Howell v. Kenton Agencies Ltd.*, [1953] O.W.N. 248 (H.C.), *Re Brethour and Morris Ltd. v. Shields Construction Co.*, [1958] O.W.N. 128 (H.C.) In my view, however, it is not necessary in this appeal to base the agent's entitlement to commission on the commission clause in the agreement of purchase and sale, because there is no conflict between this clause and the commission clause in the listing agreement. The opportunity granted to the agent by the listing agreement (sometimes referred to in the cases as a licence to hunt) is in the nature of a unilateral contract. Further formality is not required to confirm the agent's entitlement to commission where, as here, his performance conforms to the terms of the listing agreement.

There remains only the issue as to whether the offer was "valid" so as to trigger the obligation to pay commission defined by the listing agreement. There are three relevant considerations, all leading to the same result. Firstly, the vendor accepted the offer. The evidence is that he was an experienced

Cette conclusion est conforme au sens littéral du bordereau de commission annexé à la promesse de vente, qui spécifie clairement que la commission devra être payée à l'agent [TRADUCTION] «pour avoir obtenu cette offre». Cependant, même s'il devait y avoir conflit entre les deux contrats, je serais enclin à accepter l'opinion du juge de première instance que le plus récent et le plus précis quant à son objet (la promesse de vente) doit prévaloir. À une certaine époque, on aurait pu soutenir qu'en vertu du droit de la province d'Ontario, le vendeur n'encourt aucune responsabilité envers le courtier en vertu d'une telle clause dans la promesse de vente, parce que ce dernier n'a pas signé la promesse de vente. En l'espèce cependant, le courtier est nommé dans le corps du texte de la promesse, comme étant le mandataire du vendeur pour l'opération, et il a effectivement signé la promesse à titre de témoin de la signature de l'acheteur. Il existe de nombreux précédents où, dans des circonstances semblables, il a été jugé que le courtier avait le droit de réclamer une commission en se fondant sur une clause annexée à la promesse de vente: voir par exemple: *Township of Nelson v. Stoneham*, [1957] O.W.N. 109 (C.A.), *Howell and Howell v. Kenton Agencies Ltd.*, [1953] O.W.N. 248 (H.C.), *Re Brethour and Morris Ltd. v. Shields Construction Co.*, [1958] O.W.N. 128 (H.C.) Mais, à mon avis, il n'est pas nécessaire en l'espèce de fonder le droit du courtier à une commission sur la clause relative à la commission figurant dans la promesse de vente, parce qu'il n'y a pas de conflit entre cette clause et celle concernant la commission dans la convention d'inscription. L'occasion offerte au courtier par la convention d'inscription (parfois considérée par la jurisprudence comme un permis de chasse) tient du contrat unilatéral. Aucune formalité n'est requise pour confirmer le droit du courtier à sa commission lorsque, comme en l'espèce, il exécute la convention d'inscription conformément à ses modalités.

Il ne reste qu'à décider si l'offre était «valable» au point de donner naissance à l'obligation de payer la commission prévue par la convention d'inscription. Trois points doivent être examinés, tous conduisant au même résultat. Premièrement, le vendeur a accepté l'offre. Il ressort de la preuve

businessman who had had other dealings in the buying and selling of real estate with the agent involved in this appeal. Secondly, the vendor did not plead the invalidity of the agreement either in law generally or by reason of non-compliance with the licensing agreement. Thirdly, and most significantly, the vendor instituted an action in the Ontario courts to enforce the agreement against the purchaser and the agent, claiming (a) a declaration that the agreement was a binding contract, (b) specific performance, (c) in the alternative, damages for breach of contract and (d) an order directing the agent to pay over to the vendor the \$15,000 deposit held by the agent on account of commission entitlement. The agent counterclaimed for its commission, and defended the main claim on the same basis as that on which the counterclaim was advanced. The vendor pleaded in defence to the counterclaim that as the purchaser had not completed the sale, no liability to pay commission arose in the vendor. The record is, however, strangely devoid of precise details of the action against the purchaser, and its eventual disposition. The purchaser's statement of defence is not included. For reasons wholly unexplained, the action by the vendor against the purchaser was discontinued. There was apparently no trial of the issue against the purchaser. No judgment was entered pronouncing the agreement for sale invalid. The record includes only a notice of discontinuance by the vendor against the purchaser entered into prior to the trial as between the vendor and the agent. The trial judgment recites that the action between vendor and purchaser was "apparently" settled, but the terms of any settlement are not known. The vendor apparently recovered no costs against the purchaser.

It would therefore appear that the vendor has simply voluntarily ceased to pursue his rights to seek recovery of any losses incurred through the purchaser's failure to complete a valid and binding contract. The vendor has chosen not to acquaint the trial court, and successive courts, with the

qu'il s'agissait d'un homme d'affaires expérimenté qui avait déjà traité, lors d'achats et de ventes d'immeubles, avec le courtier impliqué en l'espèce. Deuxièmement, le vendeur n'a pas plaidé l'invalidité de la promesse sur le plan du droit en général ou pour le motif qu'elle n'était pas conforme à la convention d'inscription. Troisièmement, ce qui est le plus significatif, le vendeur a intenté devant les tribunaux ontariens une action en exécution de la promesse contre l'acheteur et le courtier, en vue d'obtenir: a) un jugement déclaratoire portant que la promesse constituait un contrat exécutoire, b) l'exécution pure et simple du contrat, c) subsidiairement, des dommages-intérêts pour inexécution de contrat, et d) une ordonnance enjoignant au courtier de payer au vendeur le dépôt de 15 000 \$ détenu par le courtier en raison de son droit à une commission. Par demande reconventionnelle le courtier a réclamé sa commission et a opposé à la demande principale, le même moyen que celui invoqué pour la demande reconventionnelle. Le vendeur a fait valoir, à l'encontre de la demande reconventionnelle, qu'il n'avait pas à payer la commission puisque l'acheteur n'avait pas signé la vente. Le dossier est toutefois étrangement dépourvu de détails précis concernant l'action intentée contre l'acheteur et la décision qui a été finalement rendue à ce sujet. La défense de l'acheteur n'y figure pas. Pour des raisons restées totalement inexplicables, le vendeur s'est désisté de son action contre l'acheteur. Il n'y a apparemment pas eu d'instruction du litige contre l'acheteur. Aucun jugement n'a été rendu déclarant la promesse invalide. Le dossier comporte seulement l'avis de désistement par le vendeur de son action contre l'acheteur, produit avant l'audition de l'action entre le vendeur et le courtier. Le jugement de première instance déclare que l'action opposant le vendeur et l'acheteur a été «apparemment» réglée, mais les modalités du règlement ne sont pas connues. Le vendeur n'a apparemment pas recouvré ses frais de l'acheteur.

Il semblerait donc que le vendeur a tout simplement volontairement cessé d'exercer son droit de demander une indemnité pour toute perte résultant de la non-signature par l'acheteur d'un contrat valide et exécutoire. Le vendeur a choisi de ne pas informer la cour de première instance, et les cours

terms on which he discontinued his action against the purchaser. Thus, this Court is left without any information as to what, if anything, the vendor as plaintiff may have recovered by way of settlement, damages or other relief or concession from the purchaser. What the Court is left with is the fact that the vendor elected to seek recovery for whatever losses he suffered on the failure of the purchaser to close the transaction from the agent alone, in the form of a suit for recovery of the deposit received by the agent under the agreement of purchase and sale from the purchaser as agent for the vendor. All of this is drawn from a record which includes the following passage from the reasons for judgment of the learned trial judge:

There were issues in this action between the plaintiff vendor and the defendant New Forest, as purchaser, but those issues were settled; and the parties now in issue (namely, the vendor Leading and the agent Liebig) have agreed, through their counsel, that the transaction between the vendor and purchaser failed to close, due to default by the purchaser.

Having discontinued the action against the purchaser and failed to amend its pleadings as against the agent, the vendor is not in a position to say that the agreement of purchase and sale was anything less than a binding contract made pursuant to a valid offer procured by the agent.

Even assuming therefore, that the contract did not entitle the agent to payment once he had procured a valid and enforceable agreement of purchase and sale, the vendor could not resist the agent's claim to commission on the facts of this case. It has been said that a vendor not otherwise required to pay commission may have an obligation to do so where he is able to enforce the contract, either specifically or through an award of damages, against his defaulting purchaser.

In this case, the only right or entitlement on the part of the vendor to claim anything against the defaulting purchaser arose from the agreement for sale of land. This right was procured for the vendor by the appellant in accordance with the

qui ont été saisies de l'affaire par la suite, des conditions auxquelles il s'est désisté de son action contre l'acheteur. Ainsi, la Cour ne dispose d'aucun renseignement sur ce que le vendeur, à titre de demandeur, peut avoir recouvré au moyen d'un règlement, qu'il s'agisse de dommages-intérêts ou d'une autre forme de réparation ou de concession de la part de l'acheteur. Tout ce dont dispose la Cour est le fait que le vendeur a choisi de réclamer du courtier seul une indemnité pour les pertes qu'a pu lui causer l'omission de l'acheteur de compléter l'opération, sous la forme d'une action en recouvrement du dépôt que le courtier, à titre de mandataire du vendeur, s'est vu remettre par l'acheteur conformément à la promesse de vente. Tout cela ressort d'un dossier où l'on retrouve le passage suivant des motifs de jugement du savant juge de première instance:

[TRADUCTION] Il y avait litige en l'espèce entre le vendeur-demandeur et la défenderesse New Forest, en tant qu'acheteur, mais ce litige a été réglé; aussi les parties maintenant en cause (soit le vendeur Leading et le courtier Liebig) ont reconnu, par l'entremise de leurs avocats, que l'opération entre le vendeur et l'acheteur n'a pas été complétée par la faute de l'acheteur.

S'étant désisté de son action contre l'acheteur, sans modifier ses conclusions écrites contre le courtier, le vendeur n'est pas en mesure de dire que la promesse de vente était rien de moins qu'un contrat exécutoire conclu par suite d'une offre valable obtenue par le courtier.

Donc, même en supposant que le contrat ne donnait pas au courtier le droit à un paiement après qu'il eut obtenu une promesse de vente valide et exécutoire, le vendeur ne pouvait s'opposer à la demande de commission du courtier, compte tenu des faits de l'espèce. On a dit qu'un vendeur, qui n'est pas par ailleurs requis de payer une commission, peut avoir l'obligation de le faire s'il est en mesure de forcer l'acheteur défaillant à exécuter le contrat soit en nature soit par le versement de dommages-intérêts.

En l'espèce, le seul droit qu'a le vendeur de réclamer quelque chose de l'acheteur défaillant découle de la promesse de vente. Ce droit a été conféré au vendeur par l'appelante conformément aux directives du vendeur et avec son approbation.

instructions of the vendor and with his approval. Having asserted his rights under the agreement by an action—which was, apparently, settled upon terms acceptable to the vendor—the vendor now seeks to secure the fruits of the action at the expense of the agent. It may well be that the vendor worked out an accommodation with the purchaser which amounted to performance of the contract, and a court may assume in these circumstances that the accommodation, acceptable to the vendor, is in law completion of the contract in issue. The court does not know because the vendor chose not to lead such evidence. The courts have long protected themselves from having to do an injustice when a litigant chooses to leave an important element unexplained. This Court is free, therefore, to interpret a record such as we have here by an assumption which favours the opposite party's position: see *Royal Trust Co. v. Toronto Transportation Commission*, [1935] S.C.R. 671, *per* Davis J., at p. 675; *Murray v. Saskatoon (No. 2)* (1951), 4 W.W.R. (N.S.) 234 (Sask. C.A.) Here the vendor may be taken to have accepted something of value in lieu of performance by the purchaser, and now seeks to leave the appellant-agent without commission and without direct recourse to his commission, and in addition, to claim the benefit of \$15,000 in an action it commenced based on the allegation that the agreement was valid and enforceable. Ordinary equitable principles would not allow it to take this benefit at the expense of the unpaid agent who made possible its recovery and who, as far as the evidence goes, had no part in reaching the settlement that led to the action's being discontinued. The \$15,000 is, of course, not full recovery but it arises from the agreement procured by the agent's efforts. By its election to discontinue its claim to specific performance or damages in lieu, and its acceptance of some acceptable alternative, the vendor may not now require repayment of this sum by the agent, nor may it resist payment of the remainder of the commission after relying on and taking benefit under the agreement for sale.

Ayant fait valoir les droits que lui confère la promesse au moyen d'une action—qui a été réglée apparemment à des conditions acceptables pour le vendeur—le vendeur cherche maintenant à obtenir les fruits de l'action aux dépens du courtier. Il se peut fort bien que le vendeur et l'acheteur en soient arrivés à un compromis équivalant à l'exécution du contrat et, dans ces circonstances, une cour peut présumer que ce compromis, acceptable pour le vendeur, constitue en droit une exécution du contrat en litige. La cour l'ignore parce que le vendeur a choisi de ne pas produire un tel élément de preuve. Les tribunaux se gardent depuis longtemps d'avoir à commettre une injustice lorsqu'un plaideur choisit de ne pas expliquer un élément important. Cette Cour est donc libre d'interpréter un dossier, comme celui dont elle est saisie en l'espèce, au moyen d'une présomption favorable à la partie adverse: voir *Royal Trust Co. v. Toronto Transportation Commission*, [1935] R.C.S. 671, le juge Davis à la p. 675; *Murray v. Saskatoon (No. 2)* (1951), 4 W.W.R. (N.S.) 234 (C.A. Sask.) En l'espèce, on peut considérer que le vendeur a accepté une contrepartie d'une valeur quelconque au lieu de l'exécution par l'acheteur et qu'il cherche maintenant à laisser le courtier appellant sans commission et sans recours direct en vue d'obtenir sa commission, en plus de chercher à obtenir une somme de 15 000 \$ dans une action qu'il a intentée en alléguant que la promesse était valide et exécutoire. Les principes ordinaires d'*equity* ne lui permettraient pas de tirer cet avantage aux dépens du courtier non payé grâce à qui il a pu obtenir une indemnité et qui, d'après ce qui ressort de la preuve, n'a aucunement contribué au règlement qui a abouti au désistement de l'action. La somme de 15 000 \$ ne représente évidemment pas un montant complet d'indemnisation, mais découle de la promesse obtenue grâce aux efforts du courtier. Parce qu'il a choisi d'abandonner sa demande d'exécution pure et simple du contrat ou, à défaut, de dommages-intérêts, et parce qu'il a consenti à une solution de rechange acceptable, le vendeur ne peut pas maintenant exiger le paiement de cette somme par le courtier, pas plus qu'il ne peut refuser de payer le reste de la commission après avoir compté sur cette promesse de vente et en avoir profité.

It may be thought that the English case *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277, is support for a loose, or at least expansive, interpretation of a contract such as the listing agreement in issue here where one of the parties might have expectations which would be disappointed by a stricter reading of the contract governing the transaction. This approach has, however, clearly been set aside by a later decision in the Court of Appeal, in which all three members of the court found it to be contrary to the law as set out by the House of Lords in *Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper*, [1941] A.C. 108; *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781.

In the result, the agent succeeded in procuring a valid and enforceable contract. On the terms of the listing agreement and the agreement of purchase and sale, construed reasonably and in conformity with the surrounding circumstances disclosed in the evidence and with the findings of fact made by the trial judge, the agent is entitled to commission. For these reasons, I would allow the appeal and restore the judgment at trial, with costs to the appellant here and below.

The following are the reasons delivered by

LE DAIN J.—I would dismiss the appeal. In my opinion the event upon which the commission was payable in this case was a completed sale. That event did not occur, not through any fault of the vendor, but because the purchaser was unwilling to complete the sale. The agent was, therefore, not entitled to the commission.

I do not reach this conclusion by the aid of any presumption of intention arising from the notion of the “common understanding of men” as applied by Denning L.J. in *McCallum v. Hicks*, [1950] 2 K.B. 271, and *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277. That approach, in my respectful opinion, goes too far as a matter of contract, and was properly repudiated by the Court of Appeal in *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781, as being in conflict with what was said by the House of Lords in *Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper*, [1941] A.C. 108, concerning the proper

On peut penser que l'arrêt anglais *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277, appuie une interprétation large ou tout au moins libérale d'un contrat comme la convention d'inscription en cause en l'espèce, où l'une des parties pourrait avoir des attentes auxquelles ne permettrait pas de répondre une interprétation plus stricte du contrat régissant l'opération. Cependant, ce point de vue a nettement été écarté par l'arrêt subséquent de la Cour d'appel où les trois membres de la cour l'ont jugé contraire à la règle énoncée par la Chambre des lords dans les arrêts *Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper*, [1941] A.C. 108, et *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781.

En fin de compte, le courtier a réussi à obtenir un contrat valide et exécutoire. Selon les conditions de la convention d'inscription et de la promesse de vente, interprétées d'une manière raisonnable et conforme aux circonstances qui ressortent de la preuve et aux constatations de fait du juge de première instance, le courtier a droit à sa commission. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance, avec dépens accordés à l'appelante dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LE DAIN—Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. À mon sens, l'événement qui devait se produire pour que la commission soit payable en l'espèce était une vente signée. Cet événement ne s'est pas produit, non par la faute du vendeur, mais parce que l'acheteur n'était pas disposé à signer la vente. Le courtier n'avait donc pas droit à la commission.

Je n'arrive pas à cette conclusion au moyen d'une présomption d'intention découlant de la notion de la «conception ordinaire qu'ont les gens», appliquée par le lord juge Denning dans *McCallum v. Hicks*, [1950] 2 K.B. 271, et *Dennis Reed, Ld. v. Goody*, [1950] 2 K.B. 277. J'estime avec égards que ce point de vue va trop loin sur le plan contractuel et que la Cour d'appel l'a rejeté à bon droit, dans l'arrêt *Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli*, [1974] 1 Q.B. 781, pour le motif qu'il était incompatible avec ce qu'a dit la Chambre des lords, dans l'arrêt *Luxor (Eastbourne), Ld. v.*

approach to the construction of contracts of this kind, as reflected in the following statement of Lord Russell of Killowen, at p. 124:

(1.) Commission contracts are subject to no peculiar rules or principles of their own; the law which governs them is the law which governs all contracts and all questions of agency. (2.) No general rule can be laid down by which the rights of the agent or the liability of the principal under commission contracts are to be determined. In each case these must depend upon the exact terms of the contract in question, and upon the true construction of those terms.

I reach my conclusion on the issue in this appeal by consideration of the terms respecting the obligation to pay the commission in the listing agreement and the agreement of purchase and sale, both of which in my opinion are valid and binding agreements in so far as that obligation is concerned and must be considered together, as was held by the Ontario Court of Appeal in *Ramm v. Cooper*, [1955] O.W.N. 525. Since in my opinion the two provisions respecting the payment of commission are complementary and reinforce one another in respect of the issue in the appeal, I do not find it necessary to consider which provision should prevail if their terms appeared to lead to different results, and I express no opinion on that point.

It is clear from the two commission provisions that what the agent was required to do to earn his commission was to procure a valid offer to purchase. That was the consideration for the vendor's obligation to pay the commission, but it was not, with respect, the event upon the occurrence of which the commission was payable. That event was "any sale or exchange", as indicated by the following words in the listing agreement: "I agree to pay a commission of 5% of the sale price on any sale or exchange howsoever effected during the currency of this authority". It is clear in my opinion from other words in the two commission provisions that what was contemplated was a completed sale out of the proceeds of which the com-

Cooper, [1941] A.C. 108, au sujet de la façon dont il faut interpréter les contrats de cette nature, tel qu'il ressort de la déclaration suivante de lord Russell of Killowen, à la p. 124:

^a [TRADUCTION] (1.) Les contrats de commission ne sont pas assujettis à des règles ou principes particuliers qui leur soient propres; le droit qui les régit est celui applicable à tous les contrats et à toutes les questions de mandat. (2.) Il n'est pas possible d'énoncer une règle ^b générale applicable à la détermination des droits du mandataire ou des obligations du mandant en vertu des contrats de commission. Ils doivent dépendre, dans chaque cas, des termes précis du contrat en question et de l'interprétation normale de ces termes.

^c Je tire ma conclusion sur la question en litige dans le présent pourvoi, en fonction des termes concernant l'obligation de payer la commission que l'on trouve dans la convention d'inscription et la promesse de vente qui, à mon avis, constituent toutes les deux des conventions valides et exécutoires dans la mesure où cette obligation est concernée, et doivent être examinées conjointement, comme ^d l'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt ^e *Ramm v. Cooper*, [1955] O.W.N. 525. Étant donné selon moi que les deux dispositions relatives au paiement d'une commission sont complémentaires et se renforcent mutuellement pour ce qui est de la question en litige dans le présent pourvoi, ^f j'estime qu'il n'est pas nécessaire de déterminer laquelle devrait l'emporter dans le cas où leurs termes entraîneraient apparemment des résultats différents, et je n'exprime aucune opinion sur ce ^g point.

Il ressort nettement des deux dispositions relatives à la commission que ce que le courtier était requis de faire pour mériter sa commission c'était ^h d'obtenir une offre d'achat valable. C'était là la contrepartie de l'obligation du vendeur de payer la commission, mais avec égards ce n'était pas l'événement qui devait se produire pour que la commission soit payable. Cet événement était «toute vente ou tout échange» comme l'indiquent les mots suivants dans la convention d'inscription: [TRADUCTION] «Je conviens de payer une commission de 5 pour 100 du prix de vente pour toute vente ou tout échange effectués de quelque manière pendant la durée du présent mandat.» À mon avis, il ressort clairement des autres mots que l'on trouve dans les

mission would be payable. I think this is indicated by the stipulation in the listing agreement that "the said commission is to be paid on the date set for completion of the sale" and by the following sentence in that agreement, the significant words of which I have underlined: "For the purpose of this agreement a sale shall be deemed to include the entering into of an agreement to exchange this property or the granting of an Option to Purchase this property during the currency of this listing, if said exchange or option is subsequently completed." It will be seen that I agree with the significance attached to these words by Henry J. in *C and S Realities of Ottawa Ltd. v. McCutcheon* (1978), 19 O.R. (2d) 247, and adopted by the Court of Appeal in the case at bar. That what was contemplated as the event upon the occurrence of which the commission would be payable was a completed sale is further indicated in my opinion by the provision for payment of the commission in the agreement of purchase and sale, the whole of which I quote with the words to which I attach particular importance underlined: "I agree to pay the Agent a commission of 5% of the sale price for having procured this Offer, said commission to be deducted from the deposit on the date set for completion of sale and I irrevocably instruct my Solicitor to pay direct to the said Agent, any unpaid balance of commission from the proceeds of the sale and further instruct the agents to remit any balance of monies to my Solicitor herein." This provision indicates clearly, I think, that what was contemplated was a completed sale out of the proceeds of which the commission would be payable.

Where the event upon the occurrence of which the commission is payable is a completed sale, and the sale is not completed, the agent must show, in order to be entitled to his commission, that the purchaser was willing, ready and able to complete the sale: *Loveridge v. Cooper* (1959), 18 D.L.R. (2d) 337 (Ont. C.A.) In other words, he must be able to show that it was not through his fault or

deux dispositions relatives à la commission que ce qui était envisagé c'était une vente signée et que la commission serait payable à même le produit de cette vente. Je crois que c'est ce qu'indique la stipulation dans la convention d'inscription, selon laquelle [TRADUCTION] «ladite commission sera payée à la date fixée pour la signature de la vente», et la phrase suivante que l'on trouve dans cette convention et dont j'ai souligné les mots importants: [TRADUCTION] «Pour les fins de la présente convention, vente comprend la conclusion d'une convention d'échange de la propriété ou l'octroi d'une option d'achat de la propriété pendant la durée de cette inscription, si cet échange ou cette option se réalise par la suite.» On constatera que je suis d'accord avec le sens donné à ces mots par le juge Henry dans *C and S Realities of Ottawa Ltd. v. McCutcheon* (1978), 19 O.R. (2d) 247, et adopté par la Cour d'appel en l'espèce. J'estime que la clause relative au paiement de la commission que l'on trouve dans la promesse de vente indique également que ce qui était envisagé comme l'événement qui devait se produire pour que la commission soit payable c'était une vente signée. Je cite en entier cette clause en prenant soin de souligner les mots auxquels j'attache une importance particulière: [TRADUCTION] «Je conviens de payer à l'agent une commission de 5 pour 100 du prix de vente pour avoir obtenu cette offre, ladite commission devant être déduite du dépôt à la date fixée pour la signature de l'acte de vente, et j'enjoins de façon irrévocable à mon procureur de payer directement audit agent tout solde impayé de ladite commission à même le produit de la vente et j'enjoins de plus aux agents de remettre tout solde à mon procureur nommé aux présentes.» À mon sens, cette clause indique nettement que ce qui était envisagé c'était une vente signée et que la commission serait payable à même le produit de cette vente.

Lorsqu'une vente signée constitue l'événement qui doit se produire pour que la commission soit payable et que la vente n'est pas signée, le courtier doit, pour avoir droit à sa commission, démontrer que l'acheteur était prêt et disposé à signer la vente et capable de le faire: *Loveridge v. Cooper* (1959), 18 D.L.R. (2d) 337 (C.A. Ont.) En d'autres termes, il doit être en mesure de démontrer

that of the purchaser that the sale was not completed. This the agent could not show in the present case. There is in my opinion an obvious difference, in respect of the equities and allocation of risk, between the case where the sale is not completed through the fault of the vendor and the case where it is not completed through the fault of the purchaser. It would not be reasonable to imply a term in the vendor's obligation to pay the commission that in the case where the purchaser refuses without justification to complete the sale the vendor must go to the hazard and expense of a lawsuit to enforce its completion. Where the vendor successfully sues for specific performance or damages in such a case the agent should have a right to recover for his services, but it is not a claim, as in the present case, to enforce the vendor's obligation to pay a commission in accordance with the terms of the listing agreement or the agreement of purchase and sale.

For the foregoing reasons I would dispose of the appeal as proposed by La Forest J.

Appeal dismissed with costs, ESTEY, MCINTYRE and CHOUINARD JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: P. B. C. Pepper, Toronto.

Solicitors for the respondent: Goodman and Carr, Toronto.

que ce n'est pas sa faute ni celle de l'acheteur si la vente n'a pas été signée. C'est ce que le courtier n'a pas été capable de démontrer en l'espèce. J'estime que, sur le plan des droits et du partage des risques, il y a une différence manifeste entre le cas où la vente n'est pas signée par la faute du vendeur et celui où elle ne l'est pas par la faute de l'acheteur. Il ne serait pas raisonnable de supposer que l'obligation du vendeur de payer la commission comporte une condition selon laquelle, s'il arrive que l'acheteur refuse sans raison valable de signer la vente, le vendeur doit s'exposer aux risques et aux coûts d'une action en justice pour en forcer la signature. Si, par suite de son action, le vendeur réussit à obtenir l'exécution pure et simple du contrat ou encore des dommages-intérêts, le courtier doit alors avoir le droit de se faire indemniser pour ses services, mais il ne s'agit pas d'une demande, comme c'est le cas en l'espèce, visant à faire respecter l'obligation du vendeur de payer une commission conformément aux conditions de la convention d'inscription ou de la promesse de vente.

Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge La Forest.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges ESTEY, MCINTYRE et CHOUINARD dissidents.

Procureur de l'appelante: P. B. C. Pepper, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Goodman and Carr, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant;*

and

David Edwin Oakes *Respondent.*

File No.: 17550.

1985: March 12; 1986: February 28.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence (s. 11(d)) — Reverse onus clause — Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug — Onus on accused to rebut presumption — Whether or not reverse onus in violation of s. 11(d) of the Charter — Whether or not reverse onus a reasonable limit to s. 11(d) and justified in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

Criminal law — Presumption of innocence — Reverse onus — Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug — Onus on accused to rebut presumption — Whether or not constitutional guarantee of presumption of innocence (s. 11(d) of the Charter) violated.

Respondent was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, but was convicted only of unlawful possession. After the trial judge made a finding that it was beyond a reasonable doubt that respondent was in possession of a narcotic, respondent brought a motion challenging the constitutional validity of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. That section provides that if the Court finds the accused in possession of a narcotic, the accused is presumed to be in possession for the purpose of trafficking and that, absent the accused's establishing the contrary, he must be convicted of trafficking. The Ontario Court of Appeal, on an appeal brought by the Crown, found that this provision constituted a "reverse onus" clause and held it to be unconstitutional because it violated the presumption of innocence now entrenched in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown appealed and a constitutional question was stated as to whether

Sa Majesté La Reine *Appelante;*

et

David Edwin Oakes *Intimé.*

^a N° du greffe: 17550.

1985: 12 mars; 1986: 28 février.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence (al. 11d)) — Disposition portant inversion de la charge de la preuve — L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite — Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption — L'inversion de la charge de la preuve est-elle contraire à l'al. 11d) de la Charte? — L'inversion de la charge de la preuve apporte-t-elle à l'al. 11d) une limite qui soit raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

Droit criminel — Présomption d'innocence — Inversion de la charge de la preuve — L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite — Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption — Y a-t-il eu violation du droit constitutionnel d'être présumé innocent (al. 11d) de la Charte)?

L'intimé a été accusé d'avoir eu illégalement en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Toutefois, il a été reconnu coupable seulement de possession. Après que le juge du procès eut conclu que, hors de tout doute raisonnable, l'intimé était en possession d'un stupéfiant, ce dernier a présenté une requête en contestation de la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Cet article prévoit que si la cour constate que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, il est présumé l'avoir été pour en faire le trafic et qu'à moins qu'il ne prouve le contraire, il doit être déclaré coupable de trafic. Le ministère public a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a conclu qu'il s'agissait d'une disposition portant «inversion de la charge de la preuve» qui est inconstitutionnelle pour le motif qu'elle viole la présomption d'innocence maintenant enchâssée dans l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public a formé un

s. 8 of the *Narcotic Control Act* violated s. 11(d) of the *Charter* and was therefore of no force and effect. Inherent in this question, given a finding that s. 11(d) of the *Charter* had been violated, was the issue of whether or not s. 8 of the *Narcotic Control Act* was a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed and the constitutional question answered in the affirmative.

Per Dickson C.J. and Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: Pursuant to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the accused, upon a finding beyond a reasonable doubt of possession of a narcotic, has the legal burden of proving on a balance of probabilities that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking. On proof of possession, a mandatory presumption arises against the accused that he intended to traffic and the accused will be found guilty unless he can rebut this presumption on a balance of probabilities.

The presumption of innocence lies at the very heart of the criminal law and is protected expressly by s. 11(d) of the *Charter* and inferentially by the s. 7 right to life, liberty and security of the person. This presumption has enjoyed longstanding recognition at common law and has gained widespread acceptance as evidenced from its inclusion in major international human rights documents. In light of these sources, the right to be presumed innocent until proven guilty requires, at a minimum, that: (1) an individual be proven guilty beyond a reasonable doubt; (2) the State must bear the burden of proof; and (3) criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness.

A provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d). The fact that the standard required on rebuttal is only a balance of probabilities does not render a reverse onus clause constitutional.

Section 8 of the *Narcotic Control Act* infringes the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter* by

pourvoi dans le cadre duquel on a formulé la question constitutionnelle de savoir si l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est contraire à l'al. 11d) de la *Charte* et, par conséquent, inopérant. À supposer que l'on conclue qu'il y a eu violation de l'al. 11d) de la *Charte*, cette question constitutionnelle soulève alors la question de savoir si l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* constitue une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté et la question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Le juge en chef Dickson et les juges Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain: Aux termes de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, dès qu'on conclut hors de tout doute raisonnable que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, celui-ci a la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession de ce stupéfiant pour en faire le trafic. Une fois prouvée, la possession fait naître à l'encontre de l'accusé la présomption impérative qu'il avait l'intention de se livrer au trafic et il sera reconnu coupable, à moins qu'il ne puisse, par une preuve selon la prépondérance des probabilités, réfuter cette présomption.

La présomption d'innocence est au cœur même du droit criminel; elle est garantie expressément par l'al. 11d) de la *Charte* et implicitement par l'art. 7 qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Cette présomption a depuis fort longtemps droit de cité en *common law* et son acceptation générale ressort de son inclusion dans les plus importants documents internationaux relatifs aux droits de la personne. Compte tenu de ces documents, le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins (1) que la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable, (2) que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve et (3) que les poursuites criminelles se déroulent d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité.

Une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d). Ce n'est pas parce que la norme requise pour réfuter la présomption est la preuve selon la prépondérance des probabilités qu'une disposition portant inversion de la preuve est constitutionnelle.

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d) de la *Charte*

requiring the accused to prove he is not guilty of trafficking once the basic fact of possession is proven.

The rational connection test — the potential for a rational connection between the basic fact and the presumed fact to justify a reverse onus provision — does not apply to the interpretation of s. 11(d). A basic fact may rationally tend to prove a presumed fact, but still not prove its existence beyond a reasonable doubt, which is an important aspect of the presumption of innocence. The appropriate stage for invoking the rational connection test is under s. 1 of the *Charter*.

Section 1 of the *Charter* has two functions: First, it guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow it; and second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria (outside of s. 33 of the *Constitutional Act, 1982*) against which limitations on those rights and freedoms may be measured.

The onus of proving that a limitation on any *Charter* right is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests upon the party seeking to uphold the limitation. Limits on constitutionally guaranteed rights are clearly exceptions to the general guarantee. The presumption is that *Charter* rights are guaranteed unless the party invoking s. 1 can bring itself within the exceptional criteria justifying their being limited.

The standard of proof under s. 1 is a preponderance of probabilities. Proof beyond a reasonable doubt would be unduly onerous on the party seeking to limit the right because concepts such as “reasonableness”, “justifiability”, and “free and democratic society” are not amenable to such a standard. Nevertheless, the preponderance of probability test must be applied rigorously.

Two central criteria must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the objective to be served by the measures limiting a *Charter* right must be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. The standard must be high to ensure that trivial objectives or those discordant with the principles of a free and democratic society do not gain protection. At a minimum, an objective must relate to societal concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be

en obligeant l'accusé à prouver qu'il n'est pas coupable de trafic, une fois la possession établie.

Le critère du lien rationnel—le fait qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve puisse se justifier par l'existence d'un lien rationnel entre le fait établi et le fait présumé—ne s'applique pas à l'interprétation de l'al. 11d). Un fait établi peut rationnellement tendre à prouver un fait présumé sans pour autant en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable, un aspect important de la présomption d'innocence. C'est dans le contexte de l'article premier de la *Charte* qu'il convient d'invoquer le critère du lien rationnel.

L'article premier de la *Charte* remplit deux fonctions: premièrement, il garantit les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés.

La charge de prouver qu'une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. Les restrictions apportées à des droits garantis par la Constitution constituent nettement des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l'objet. On présume que les droits énoncés dans la *Charte* sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction.

La norme de preuve applicable aux fins de l'article premier est la preuve selon la prépondérance des probabilités. La preuve hors de tout doute raisonnable imposerait une charge trop lourde à la partie qui cherche à apporter une restriction à un droit, puisque des concepts comme «le caractère raisonnable», «le caractère justifiable» et «une société libre et démocratique» ne se prêtent pas à l'application d'une telle norme. Néanmoins, le critère de la prépondérance des probabilités doit être appliqué rigoureusement.

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que doivent servir les mesures qui apportent une restriction à un droit garanti par la *Charte*, doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas d'une protection. Il faut à tout le

characterized as sufficiently important. Second, the party invoking s. 1 must show the means to be reasonable and demonstrably justified. This involves a form of proportionality test involving three important components. To begin, the measures must be fair and not arbitrary, carefully designed to achieve the objective in question and rationally connected to that objective. In addition, the means should impair the right in question as little as possible. Lastly, there must be a proportionality between the effects of the limiting measure and the objective — the more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be.

Parliament's concern that drug trafficking be decreased was substantial and pressing. Its objective of protecting society from the grave ills of drug trafficking was self-evident, for the purposes of s. 1, and could potentially in certain cases warrant the overriding of a constitutionally protected right. There was, however, no rational connection between the basic fact of possession and the presumed fact of possession for the purpose of trafficking. The possession of a small or negligible quantity of narcotics would not support the inference of trafficking.

Per Estey and McIntyre JJ.: Concurred in the reasons of Dickson C.J. with respect to the relationship between s. 11(d) and s. 1 of the *Charter* but the reasons of Martin J.A. in the court below were adopted for the disposition of all other issues.

Cases Cited

R. v. Shelley, [1981] 2 S.C.R. 196; *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92; *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462, considered; *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648, distinguished; *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235; *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227; *R. v. Landry*, [1983] C.A. 408, 7 C.C.C. (3d) 555; *R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488; *R. v. Kupczyniski*, Ontario County Court, unreported, June 23, 1982; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216; *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Manchuk v.*

moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations sociales, urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important. En deuxième lieu, la partie qui invoque l'article premier doit démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité qui comporte trois éléments importants. D'abord, les mesures doivent être équitables et non arbitraires, être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question et avoir un lien rationnel avec cet objectif. De plus, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive et l'objectif poursuivi — plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important.

Le souci du législateur de réduire le trafic des stupéfiants est réel et urgent. Son objectif, qui est de protéger la société contre les fléaux liés au trafic des stupéfiants est évident en soi aux fins de l'article premier, et peut justifier dans certains cas l'atteinte à un droit garanti par la Constitution. Il n'existe toutefois pas de lien rationnel entre le fait établi de la possession et le fait présumé de possession à des fins de trafic. La possession d'une quantité infime ou négligeable de stupéfiants ne justifie pas une conclusion de trafic.

Les juges Estey et McIntyre: Les motifs du juge en chef Dickson sont adoptés en ce qui concerne le lien entre l'al. 11d) et l'article premier de la *Charte*. Cependant, il y a adoption des motifs du juge Martin de la Cour d'appel pour ce qui est de statuer sur toutes les autres questions.

§ Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196; *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92; *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; distinction faite d'avec l'arrêt: *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648; arrêts mentionnés: *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235; *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227; *R. c. Landry*, [1983] C.A. 408, 7 C.C.C. (3d) 555; *R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488; *R. v. Kupczyniski*, Cour de comté de l'Ontario, décision inédite en date du 23 juin 1982; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216; *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor*

The King, [1938] S.C.R. 341; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalczyk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Pfunders Case (Austria v. Italy)* (1963), 6 Yearbook E.C.H.R. 740; *X against the United Kingdom*, Appl'n No. 5124/71, Collection of Decisions, E.C.H.R., 135; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 S.C.R. 312, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(f).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).
Constitution Act, 1982, s. 33.
Constitution of the United States of America, 5th and 14th Amendments.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 224A(1)(a) (now s. 237(1)(a)).
Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 35 (formerly s. 33 en. by 1960-61 (Can.), c. 37, s. 1).
International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, art. 14(2).
Misuse of Drugs Act 1971, 1971 (U.K.), c. 38.
Misuse of Drugs Act 1975, 1975 (N.Z.), No. 116.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.
Opium and Narcotic Drug Act, R.S.C. 1952, c. 201.
Protocol for Limiting and Regulating the Cultivation of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and Use of Opium.
Single Convention on Narcotic Drugs, 1961.
Universal Declaration of Human Rights, art. 11(I).

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. *Final Report of the Commission of*

Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalczyk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Affaire Pfunders (Autriche c. Italie)* (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741; *X contre le Royaume-Uni*, demande n° 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 224A(1)a) (actuel art. 237(1)a)).
Constitution of the United States of America, 5th and 14th Amendments.
Convention unique sur les stupéfiants de 1961.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2f).
Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 11(I).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 33.
Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 35 (anciennement art. 33 promulgué par 1960-61 (Can.), chap. 37, art. 1).
Loi sur l'opium et les drogues narcotiques, S.R.C. 1952, chap. 201.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.
Misuse of Drugs Act 1971, 1971 (U.K.), chap. 38.
Misuse of Drugs Act 1975, 1975 (N.Z.), n° 116.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14(2).
Protocole visant à limiter et à réglementer la culture du pavot, ainsi que la production, le commerce international, le commerce de gros et l'emploi de l'opium.
 Doctrine citée

Canada. Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales. *Rapport final*, Commission

Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs, Ottawa, Information Canada, 1973.

Canada. *Report of the Special Committee on Traffic in Narcotic Drugs*, Appendix to Debates of the Senate, 1955 Session.

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.

Cross, Sir Rupert. "The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof," delivered in the *Rede Lectures*, University of Toronto, Toronto, 1976.

Jacobs, Francis. *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

MacKay, A. Wayne and T. A. Cromwell. "Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts" (1983), 32 C.R. (3d) 221, 221-235.

Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto, Butterworths, 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 145 D.L.R. (3d) 123, 2 C.C.C. (3d) 339, dismissing an appeal of the Crown from a judgment of Walker Prov. Ct. J. convicting the accused of simple possession on a charge of possessing narcotics for the purposes of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. Appeal dismissed.

Julius Isaac, Q.C., Michael R. Dambrot and Donna C. McGillis, for the appellant.

Geoffrey A. Beasley, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal concerns the constitutionality of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. The section provides, in brief, that if the Court finds the accused in possession of a narcotic, he is presumed to be in possession for the purpose of trafficking. Unless the accused can establish the contrary, he must be convicted of trafficking. The Ontario Court of Appeal held that this provision constitutes a "reverse onus" clause and is unconstitutional because it violates one of the core values of our criminal justice system, the presumption of innocence, now entrenched in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown has appealed.

d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales, Ottawa, Information Canada, 1973.

Canada. *Rapport du Comité spécial chargé d'enquêter sur le trafic des stupéfiants*, appendice aux Débats du Sénat du Canada, session 1955.

^a Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.

Cross, Sir Rupert. «The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof,» delivered in the *Rede Lectures*, University of Toronto, Toronto, 1976.

^b Jacobs, Francis. *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

MacKay, A. Wayne and T. A. Cromwell. «Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts» (1983), 32 C.R. (3d) 221, 221-235.

^c Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto, Butterworths, 1974.

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 145 D.L.R. (3d) 123, 2 C.C.C. (3d) 339, qui a rejeté un appel formé par le ministère public contre une décision dans laquelle le juge Walker de la Cour provinciale a reconnu l'accusé coupable de simple possession alors qu'il était inculpé de possession de stupéfiants pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Pourvoi rejeté.

Julius Isaac, c.r., Michael R. Dambrot et Donna C. McGillis, pour l'appelante.

^f *Geoffrey A. Beasley*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain rendu par

^g LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. L'article 8 prévoit en bref que, si la cour constate que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, il est présumé l'avoir été pour en faire le trafic. À moins que l'accusé ne puisse établir le contraire, il doit être déclaré coupable de trafic. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que cet article constitue une disposition portant «inversion de la charge de la preuve», qui est en conséquence inconstitutionnelle pour le motif qu'elle viole l'un des principes fondamentaux de notre système de justice criminelle, savoir la présomption d'innocence qui est maintenant enchâssée dans l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public a formé un pourvoi.

I

Statutory and Constitutional Provisions

Before reviewing the factual context, I will set out the relevant legislative and constitutional provisions:

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1.

3. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession.

(2) Every person who violates subsection (1) is guilty of an indictable offence and is liable

(a) upon summary conviction for a first offence, to a fine of one thousand dollars or to imprisonment for six months or to both fine and imprisonment, and for a subsequent offence, to a fine of two thousand dollars or to imprisonment for one year or to both fine and imprisonment; or

(b) upon conviction on indictment, to imprisonment for seven years.

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

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

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

8. In any prosecution for a violation of subsection 4(2), if the accused does not plead guilty, the trial shall proceed as if it were a prosecution for an offence under section 3, and after the close of the case for the prosecution and after the accused has had an opportunity to make full answer and defence, the court shall make a finding as to whether or not the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3; if the court finds that the accused was not in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be acquitted but if the court finds that the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, and thereafter the prosecutor shall be given an opportunity of adducing evidence to establish that the accused was in possession of the narcotic for the purpose of trafficking; if the accused establishes that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be acquitted of the offence as charged but he shall be

I

Les dispositions législatives et constitutionnelles

Avant de passer à l'examen des faits, reproduisons les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes:

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1.

3. (1) Sauf ainsi que l'autorisent la présente loi ou les règlements, nul ne peut avoir un stupéfiant en sa possession.

(2) Quiconque enfreint le paragraphe (1) est coupable d'une infraction et passible,

a) sur déclaration sommaire de culpabilité, pour une première infraction, d'une amende de mille dollars ou d'un emprisonnement de six mois ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement, et pour infraction subséquente, d'une amende de deux mille dollars ou d'un emprisonnement d'un an ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement; ou

b) sur déclaration de culpabilité sur acte d'accusation, d'un emprisonnement de sept ans.

4. (1) Nul ne peut faire le trafic d'un stupéfiant ou d'une substance quelconque qu'il prétend être ou estime être un stupéfiant.

(2) Nul ne peut avoir en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic.

(3) Quiconque enfreint le paragraphe (1) ou (2) est coupable d'un acte criminel et encourt l'emprisonnement à perpétuité.

8. Dans toutes poursuites pour une violation du paragraphe 4(2), si l'accusé n'avoue pas sa culpabilité, le procès doit s'instruire comme s'il s'agissait d'une poursuite pour une infraction prévue par l'article 3, et après que le poursuivant a terminé son exposé et qu'il a été fourni à l'accusé une occasion de présenter une réplique et une défense complètes, la cour doit statuer sur la question de savoir si l'accusé était ou non en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3; si la cour constate que l'accusé n'était pas en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3; elle doit l'acquitter, mais si elle constate qu'il était en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3, il doit être fourni à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, et, par la suite, il doit être fourni au poursuivant une occasion d'établir la preuve que l'accusé était en possession du stupéfiant pour en faire le trafic; si celui-ci démontre qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il

convicted of an offence under section 3 and sentenced accordingly; and if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged and sentenced accordingly.

(Emphasis added.)

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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.

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.

II

Facts

The respondent, David Edwin Oakes, was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. He elected trial by magistrate without a jury. At trial, the Crown adduced evidence to establish that Mr. Oakes was found in possession of eight one gram vials of *cannabis* resin in the form of hashish oil. Upon a further search conducted at the police station, \$619.45 was located. Mr. Oakes told the police that he had bought ten vials of hashish oil for \$150 for his own use, and that the \$619.45 was from a workers' compensation cheque. He elected not to call evidence as to possession of the narcotic. Pursuant to the procedural provisions of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the trial judge proceeded to make a finding that it was beyond a reasonable doubt that Mr. Oakes was in possession of the narcotic.

doit être acquitté de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation, mais il doit être déclaré coupable d'une infraction aux termes de l'article 3 et condamné en conséquence; et si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation et condamné en conséquence.

(C'est moi qui souligne.)

Charte canadienne des droits et libertés

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;

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.

II

Les faits

L'intimé, David Edwin Oakes, a été accusé d'avoir eu illégalement en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Il a choisi de subir son procès devant un magistrat siégeant sans jury. Au cours du procès, la poursuite a produit des éléments de preuve en vue d'établir que M. Oakes avait été trouvé en possession de huit fioles d'une capacité d'un gramme contenant de la résine de cannabis sous forme d'huile de haschisch. Une fouille effectuée au poste de police a permis de découvrir la somme de 619,45 \$. Monsieur Oakes a dit à la police qu'il avait acheté au prix de 150 \$ dix fioles d'huile de haschisch pour son propre usage et que les 619,45 \$ provenaient d'un chèque d'indemnisation pour un accident de travail. Il a choisi de ne pas présenter de preuve relativement à la possession d'un stupéfiant. Conformément aux dispositions en matière de procédure de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge du procès a conclu que, hors de tout doute raisonnable, M. Oakes était en possession du stupéfiant.

Following this finding, Mr. Oakes brought a motion to challenge the constitutional validity of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, which he maintained imposes a burden on an accused to prove that he or she was not in possession for the purpose of trafficking. He argued that s. 8 violates the presumption of innocence contained in s. 11(d) of the *Charte*.

III

Judgments

(a) Ontario Provincial Court (R. v. Oakes) (1982), 38 O.R. (2d) 598

At trial, Walker Prov. Ct. J. borrowed the words of Laskin C.J. in *R. v. Shelley*, [1981] 2 S.C.R. 196, at p. 202, and found there was no rational or necessary connection between the fact proved, *i.e.*, possession of the drug, and the conclusion asked to be drawn, namely, possession for the purpose of trafficking. Walker Prov. Ct. J. held that, to the extent that s. 8 of the *Narcotic Control Act* requires this presumption and the resultant conviction, it is inoperative as a violation of the presumption of innocence contained in s. 11(d) of the *Charte*.

Walker Prov. Ct. J. added that the reverse onus in s. 8 would not be invalid if the Crown had adduced evidence of possession as well as evidence from which it could be inferred beyond a reasonable doubt that the possession was for the purpose of trafficking. If this were done, there would be a sufficient rational connection between the fact of possession and the presumed fact of trafficking.

(b) Ontario Court of Appeal (R. v. Oakes) (1983), 145 D.L.R. (3d) 123

Martin J.A., writing for a unanimous court, dismissed the appeal and held the reverse onus provision in s. 8 of the *Narcotic Control Act* unconstitutional.

Martin J.A. stated that, as a general rule, a reverse onus clause which places a burden on the

À la suite de cette conclusion, M. Oakes a présenté une requête en contestation de la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, qui, selon lui, impose à un accusé l'obligation de prouver qu'il n'était pas en possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic et constitue de ce fait une violation de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*.

III

Les jugements

a) Cour provinciale de l'Ontario (R. v. Oakes) (1982), 38 O.R. (2d) 598

Au procès, le juge Walker de la Cour provinciale a emprunté les termes utilisés par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196, à la p. 202, et a conclu qu'il n'y avait aucun lien rationnel ou nécessaire entre le fait prouvé, *c.-à-d.* la possession du stupéfiant, et la conclusion qu'on lui demandait de tirer, savoir qu'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Le juge Walker a conclu que, dans la mesure où l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* requiert cette présomption et la déclaration de culpabilité qui en résulte, il va à l'encontre de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte* et est en conséquence inopérant.

Le juge Walker a ajouté que l'inversion de la charge de la preuve effectuée par l'art. 8 n'aurait pas été entachée d'invalidité si le ministère public avait produit une preuve de possession ainsi que des éléments de preuve permettant de conclure hors de tout doute raisonnable qu'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Si cela était fait, il y aurait un lien rationnel suffisant entre le fait de la possession et le fait présumé, *c.-à-d.* le trafic.

b) Cour d'appel de l'Ontario (R. v. Oakes) (1983), 145 D.L.R. (3d) 123

La Cour d'appel, s'exprimant par l'intermédiaire du juge Martin, a rejeté à l'unanimité l'appel et déclaré inconstitutionnelle la disposition de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* portant inversion de la charge de la preuve.

Le juge Martin a affirmé qu'en règle générale une disposition qui inverse la charge de la preuve

accused to disprove on a balance of probabilities an essential element of an offence contravenes the right to be presumed innocent. Nevertheless, he held that some reverse onus provisions may be constitutionally valid provided they constitute reasonable limitations on the right to be presumed innocent and are demonstrably justified in a free and democratic society.

To determine whether a particular reverse onus provision is legitimate, Martin J.A. outlined a two-pronged inquiry. First, it is necessary to pass a threshold test which he explained as follows, at p. 146:

The threshold question in determining the legitimacy of a particular reverse onus provision is whether the reverse onus clause is justifiable in the sense that it is reasonable for Parliament to place the burden of proof on the accused in relation to an ingredient of the offence in question. In determining the threshold question consideration should be given to a number of factors, including such factors as: (a) the magnitude of the evil sought to be suppressed, which may be measured by the gravity of the harm resulting from the offence or by the frequency of the occurrence of the offence or by both criteria; (b) the difficulty of the prosecution making proof of the presumed fact, and (c) the relative ease with which the accused may prove or disprove the presumed fact. Manifestly, a reverse onus provision placing the burden of proof on the accused with respect to a fact which it is not rationally open to him to prove or disprove cannot be justified.

If the reverse onus provision meets these criteria, due regard having been given to Parliament's assessment of the need for the provision, a second test must then be satisfied. This second test was described by Martin J.A. as the "rational connection test". According to it, to be reasonable, the proven fact (*e.g.*, possession) must rationally tend to prove the presumed fact (*e.g.*, an intention to traffic). In other words, the proven fact must raise a probability that the presumed fact exists.

de manière à obliger l'accusé à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un élément essentiel d'une infraction contrevient au droit d'être présumé innocent. Néanmoins, il a conclu que certaines dispositions portant inversion de la charge de la preuve peuvent être constitutionnelles pour peu qu'elles constituent des restrictions raisonnables au droit d'être présumé innocent et que la justification de ces restrictions puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le juge Martin a énoncé une question à deux volets qu'il faut se poser pour déterminer si, dans un cas donné, une disposition portant inversion de la charge de la preuve est légitime. Ainsi, il faut d'abord satisfaire à un critère préliminaire que le juge Martin explique de la façon suivante à la p. 146:

[TRADUCTION] Pour décider de la légitimité d'une disposition particulière portant inversion de la charge de la preuve, il faut d'abord et avant tout se demander si cette disposition est justifiable en ce sens qu'il est raisonnable que le législateur impose à l'accusé la charge de la preuve relativement à un élément de l'infraction en cause. Pour répondre à cette question préliminaire il faut prendre en considération un certain nombre de facteurs dont: a) l'ampleur du mal à réprimer, qui peut être mesurée par la gravité du préjudice résultant de l'infraction ou par la fréquence de la perpétration de l'infraction, ou par les deux critères, b) la difficulté que peut éprouver la poursuite à établir le fait présumé, et c) la facilité relative avec laquelle l'accusé pourra prouver l'existence ou l'inexistence du fait présumé. Manifestement, une disposition imposant à l'accusé la charge de la preuve à l'égard d'un fait dont, logiquement, il n'est pas à même de prouver l'existence ou l'inexistence n'est guère justifiable.

Si, après qu'on a dûment tenu compte de la détermination par le législateur de la nécessité d'une telle disposition, la disposition portant inversion de la charge de la preuve répond à ces critères, elle doit alors satisfaire à un autre. Il s'agit de ce que le juge Martin a décrit comme le [TRADUCTION] «critère du lien rationnel». Suivant ce critère, pour être raisonnable, le fait prouvé (par ex., la possession) doit logiquement tendre à établir le fait présumé (par ex., l'intention de faire le trafic). En d'autres termes, le fait prouvé doit soulever la probabilité de l'existence du fait présumé.

In considering s. 8 of the *Narcotic Control Act*, Martin J.A. focused primarily on the second test at p. 147:

I have reached the conclusion that s. 8 of the *Narcotic Control Act* is constitutionally invalid because of the lack of a rational connection between the proved fact (possession) and the presumed fact (an intention to traffic) Mere possession of a small quantity of a narcotic drug does not support an inference of possession for the purpose of trafficking or even tend to prove an intent to traffic. Moreover, upon proof of possession, s. 8 casts upon the accused the burden of disproving not some formal element of the offence but the burden of disproving the very essence of the offence.

Martin J.A. added that it is not for courts to attempt to rewrite s. 8 by applying it on a case by case basis. Furthermore, where a rational connection does exist between possession and the presumed intention to traffic, such as “where the possession of a narcotic drug is of such a nature as to be indicative of trafficking, the common sense of a jury can ordinarily be relied upon to arrive at a proper conclusion”. There would not, therefore, be any need for a statutory presumption.

One final note should be made regarding Martin J.A.’s judgment. In assessing whether or not s. 8 was a reasonable limitation on the constitutional protection of the presumption of innocence, Martin J.A. combined the analysis of s. 11(d) with s. 1. He held that the requirements of s. 1, that a limitation be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, provided the standard for interpreting the phrase “according to law” in s. 11(d).

IV

The Issues

The constitutional question in this appeal is stated as follows:

Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thus of no force and effect?

Dans son analyse de l’art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge Martin s’est arrêté principalement au second critère à la p. 147:

[TRADUCTION] J’en suis venu à la conclusion que l’art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est inconstitutionnel en raison de l’absence d’un lien rationnel entre le fait prouvé (la possession) et le fait présumé (l’intention de faire le trafic) . . . La simple possession d’une faible quantité d’un stupéfiant ne permet pas de conclure à la possession à des fins de trafic ou encore ne tend même pas à prouver une intention de se livrer au trafic. En outre, du moment que la possession est prouvée, l’art. 8 impose à l’accusé la charge de prouver l’inexistence non pas de quelque élément formel de l’infraction mais de l’essence même de celle-ci.

Le juge Martin ajoute qu’il n’appartient pas aux tribunaux d’essayer de reformuler l’art. 8 en l’appliquant cas par cas. De plus, lorsqu’il existe un lien rationnel entre la possession et l’intention présumée de faire le trafic, comme [TRADUCTION] «dans le cas où la possession d’un stupéfiant est de nature à constituer une indication du trafic de celui-ci, on peut ordinairement compter sur le bon sens du jury pour que celui-ci tire la bonne conclusion». Aucune présomption légale ne serait alors nécessaire.

Une dernière observation s’impose relativement aux motifs du juge Martin. Dans son étude de la question de savoir si l’art. 8 constitue une restriction raisonnable de la protection constitutionnelle accordée à la présomption d’innocence, le juge Martin a rapproché l’al. 11(d) de l’article premier. Il a conclu que l’exigence de l’article premier qu’une restriction soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique constitue la norme applicable à l’interprétation de l’expression «conformément à la loi» que l’on trouve à l’al. 11(d).

IV

Les questions en litige

La question constitutionnelle formulée dans le présent pourvoi est la suivante:

L’article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est-il incompatible avec l’al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérant?

Two specific questions are raised by this general question: (1) does s. 8 of the *Narcotic Control Act* violate s. 11(d) of the *Charter*; and, (2) if it does, is s. 8 a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1 of the *Charter*? If the answer to (1) is affirmative and the answer to (2) negative, then the constitutional question must be answered in the affirmative.

V

Does s. 8 of the *Narcotic Control Act* Violate s. 11(d) of the *Charter*?

(a) The Meaning of s. 8

Before examining the presumption of innocence contained in s. 11(d) of the *Charter*, it is necessary to clarify the meaning of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. The procedural steps contemplated by s. 8 were clearly outlined by Branca J.A. in *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235 (B.C.C.A.), at p. 247:

(A) The accused is charged with possession of a forbidden drug for the purpose of trafficking.

(B) The trial of the accused on this charge then proceeds as if it was a prosecution against the accused on a simple charge of possession of the forbidden drug

(C) When the Crown has adduced its evidence on the basis that the charge was a prosecution for simple possession, the accused is then given the statutory right or opportunity of making a full answer and defence to the charge of simple possession

(D) When this has been done the Court must make a finding as to whether the accused was in possession of narcotics contrary to s. 3 of the new Act. (Unlawful possession of a forbidden narcotic drug).

(E) Assuming that the Court so finds, it is then that an onus is placed upon the accused in the sense that an opportunity must be given to the accused of establishing that he was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking.

(F) When the accused has been given this opportunity the prosecutor may then establish that the possession of the accused was for the purpose of trafficking

Cette question générale soulève deux questions précises: (1) l'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient-il à l'al. 11d) de la *Charte*? et (2) dans l'affirmative, l'art. 8 constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'art. 1 de la *Charte*? Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question et d'une réponse négative à la seconde, la question constitutionnelle doit alors recevoir une réponse affirmative.

V

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient-il à l'al. 11d) de la *Charte*?

a) Le sens de l'art. 8

Avant d'examiner la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*, il est nécessaire de préciser le sens de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Dans l'arrêt *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235 (C.A.C.-B.), à la p. 247, le juge Branca expose clairement les étapes de la procédure prévue par l'art. 8:

[TRADUCTION] A) L'accusé est inculpé de possession d'un stupéfiant prohibé en vue d'en faire le trafic.

B) Le procès de l'accusé relativement à cette accusation est alors instruit comme s'il s'agissait d'une poursuite relativement à une simple accusation de possession du stupéfiant prohibé . . .

C) Lorsque le ministère public a administré sa preuve comme s'il s'agissait d'une poursuite pour simple possession, la loi accorde à l'accusé le droit ou la possibilité de présenter une défense complète relativement à l'accusation de simple possession . . .

D) Ceci fait, la cour doit statuer sur la question de savoir si l'accusé était en possession d'un stupéfiant contrairement à l'art. 3 de la nouvelle Loi. (Possession d'un stupéfiant prohibé).

E) Si la cour conclut à la possession, c'est alors à ce moment que la charge de la preuve est imposée à l'accusé en ce sens qu'on doit lui fournir l'occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic.

F) Quand l'accusé a eu cette possibilité, la poursuite peut alors tenter d'établir que l'accusé était en possession du stupéfiant pour en faire le trafic . . .

(G) It is then that the Court must find whether or not the accused has discharged the onus placed upon him under and by the said section.

(H) If the Court so finds, the accused must be acquitted of the offence as charged, namely, possession for the purpose of trafficking, but in that event the accused must be convicted of the simple charge of unlawful possession of a forbidden narcotic

(I) If the accused does not so establish he must then be convicted of the full offence as charged.

Mr. Justice Branca then added at pp. 247-48:

It is quite clear to me that under s. 8 of the new Act the trial must be divided into two phases. In the first phase the sole issue to be determined is whether or not the accused is guilty of simple possession of a narcotic. This issue is to be determined upon evidence relevant only to the issue of possession. In the second phase the question to be resolved is whether or not the possession charged is for the purpose of trafficking.

Against the backdrop of these procedural steps, we must consider the nature of the statutory presumption contained in s. 8 and the type of burden it places on an accused. The relevant portions of s. 8 read:

8. . . . if the court finds that the accused was in possession of the narcotic . . . he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking . . . if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged

In determining the meaning of these words, it is helpful to consider in a general sense the nature of presumptions. Presumptions can be classified into two general categories: presumptions without basic facts and presumptions with basic facts. A presumption without a basic fact is simply a conclusion which is to be drawn until the contrary is proved. A presumption with a basic fact entails a conclusion to be drawn upon proof of the basic fact (see *Cross on Evidence*, 5th ed., at pp. 122-23).

Basic fact presumptions can be further categorized into permissive and mandatory presumptions.

G) C'est alors que la cour doit décider si l'accusé s'est acquitté de l'obligation que lui impose ledit article.

H) Si la cour conclut par l'affirmative, l'accusé doit être acquitté de l'infraction imputée, savoir la possession en vue de faire le trafic, mais, dans ce cas-là, il doit être déclaré coupable de l'infraction de simple possession d'un stupéfiant prohibé

I) Si l'accusé ne réussit pas à démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit alors être reconnu coupable de l'infraction imputée.

Le juge Branca ajoute ensuite, aux pp. 247 et 248:

[TRADUCTION] Il est très clair dans mon esprit que l'art. 8 de la nouvelle Loi exige un procès en deux étapes. À la première étape, la seule question qu'il faut résoudre est de savoir si l'accusé est coupable de simple possession d'un stupéfiant. Cette question doit être tranchée en fonction des éléments de preuve qui se rapportent uniquement à la possession. À la seconde étape, la question à trancher est de savoir si la possession imputée était pour des fins de trafic.

Compte tenu de ces étapes de la procédure, nous devons étudier la nature de la présomption légale établie par l'art. 8 ainsi que le genre de charge qu'elle impose à un accusé. Voici les parties pertinentes de l'art. 8:

8. . . . si elle [la cour] constate qu'il était en possession du stupéfiant . . . il doit être fourni à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic . . . si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation

Pour déterminer le sens de ces mots, il est utile de procéder à un examen général de la nature des présomptions. Les présomptions peuvent être rangées dans deux catégories générales: les présomptions non fondées sur des faits établis et les présomptions fondées sur des faits établis. Une présomption non fondée sur un fait établi est simplement une conclusion qui doit être tirée tant qu'on n'a pas prouvé le contraire. Une présomption fondée sur un fait établi consiste en une conclusion qui repose sur la preuve de ce fait (voir *Cross on Evidence*, 5th ed., aux pp. 122 et 123).

Quant aux présomptions fondées sur des faits établis, elles peuvent créer une faculté ou être

A permissive presumption leaves it optional as to whether the inference of the presumed fact is drawn following proof of the basic fact. A mandatory presumption requires that the inference be made.

Presumptions may also be either rebuttable or irrebuttable. If a presumption is rebuttable, there are three potential ways the presumed fact can be rebutted. First, the accused may be required merely to raise a reasonable doubt as to its existence. Secondly, the accused may have an evidentiary burden to adduce sufficient evidence to bring into question the truth of the presumed fact. Thirdly, the accused may have a legal or persuasive burden to prove on a balance of probabilities the non-existence of the presumed fact.

Finally, presumptions are often referred to as either presumptions of law or presumptions of fact. The latter entail "frequently recurring examples of circumstantial evidence" (*Cross on Evidence, supra*, at p. 124) while the former involve actual legal rules.

To return to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, it is my view that, upon a finding beyond a reasonable doubt of possession of a narcotic, the accused has the legal burden of proving on a balance of probabilities that he or she was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking. Once the basic fact of possession is proven, a mandatory presumption of law arises against the accused that he or she had the intention to traffic. Moreover, the accused will be found guilty of the offence of trafficking unless he or she can rebut this presumption on a balance of probabilities. This interpretation of s. 8 is supported by the courts in a number of jurisdictions: *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92 (P.E.I.S.C. *in banco*); *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419 (N.S.C.A.); *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227 (N.B.C.A.); *R. v. Landry* (1983), 7 C.C.C. (3d) 555 (Que. C.A.); *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (Alta. C.A.)

In some decisions it has been held that s. 8 of the *Narcotic Control Act* is constitutional because

impératives. Dans le cas d'une présomption créant une faculté, dès lors qu'il y a un fait établi, on est libre d'en déduire ou ne pas en déduire le fait présumé. Si, par contre, il s'agit d'une présomption impérative, cette déduction est obligatoire.

Une présomption peut aussi être réfutable ou irréfutable. Si elle est réfutable, il y a trois moyens possibles de combattre le fait présumé. Premièrement, l'accusé pourra avoir simplement à susciter un doute raisonnable quant à l'existence de ce fait. Deuxièmement, il pourra avoir la charge de produire une preuve suffisante pour mettre en doute l'exactitude du fait présumé. Troisièmement, il pourra avoir à s'acquitter d'une charge ultime ou d'une charge de persuasion qui l'oblige à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence du fait présumé.

Enfin, les présomptions sont souvent décrites comme étant soit des présomptions de droit, soit des présomptions de fait. Ces dernières comportent des [TRADUCTION] «exemples fréquents de preuve indirecte» (*Cross on Evidence*, précité, à la p. 124), alors que les premières comportent des règles de droit expresses.

Revenons à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Selon moi, dès qu'on conclut hors de tout doute raisonnable que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, celui-ci a la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession de ce stupéfiant pour en faire le trafic. Une fois prouvée, la possession fait naître à l'encontre de l'accusé la présomption de droit impérative qu'il avait l'intention de se livrer au trafic. De plus, l'accusé sera reconnu coupable de l'infraction de trafic, à moins qu'il ne puisse, par une preuve selon la prépondérance des probabilités, réfuter cette présomption. Les cours de plusieurs ressorts ont appuyé cette interprétation de l'art. 8: *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92 (C.S.Î.-P.-É. *in banco*); *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419 (C.A.N.-É.); *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227 (C.A.N.-B.); *R. v. Landry*, (1983) 7 C.C.C. (3d) 555 (C.A. Qué.); *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (C.A. Alb.)

Dans certaines décisions, on a conclu à la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*

it places only an evidentiary burden rather than a legal burden on the accused. The ultimate legal burden to prove guilt beyond a reasonable doubt remains with the Crown and the presumption of innocence is not offended. (*R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488 (Sask. Q.B.); *R. v. Kupczyniski*, (June 23, 1982, unreported, Ont. Co. Ct.))

This same approach was relied on in *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75 (Ont. C.A.), a *Canadian Bill of Rights* decision on the presumption of innocence. In that case, a provision in the *Opium and Narcotic Drug Act*, R.S.C. 1952, c. 201, similar to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, was interpreted as shifting merely the secondary burden of adducing evidence onto the accused. The primary onus remained with the Crown. In *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1 (B.C.C.A.), the British Columbia Court of Appeal held that s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* had not been infringed because s. 33 of the *Food and Drugs Act*, (now R.S.C. 1970, c. F-27, s. 35) required only that an accused raise a reasonable doubt that the purpose of his or her possession was trafficking. This decision, however, was not followed in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, nor in *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216 (B.C.C.A.)

Those decisions which have held that only the secondary or evidentiary burden shifts are not persuasive with respect to the *Narcotic Control Act*. As Ritchie J. found in *R. v. Appleby*, *supra*, (though addressing a different statutory provision) the phrase "to establish" is the equivalent of "to prove". The legislature, by using the word "establish" in s. 8 of the *Narcotic Control Act*, intended to impose a legal burden on the accused. This is most apparent in the words "if the accused fails to establish that he was not in possession of the

parce qu'il impose à l'accusé une simple charge de présentation plutôt qu'une charge ultime. Le ministère public a toujours la charge ultime de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable et il n'y a aucune atteinte à la présomption d'innocence. (*R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31 (C. de comté Ont.); *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488 (B.R. Sask.); *R. v. Kupczyniski* (décision inédite en date du 23 juin 1982, C. de comté Ont.))

Ce même point de vue a été invoqué dans l'arrêt *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75 (C.A. Ont.), où il était question de la présomption d'innocence, mais dans le contexte de la *Déclaration canadienne des droits*. Suivant l'interprétation qu'on a donnée dans cette affaire à une disposition de la *Loi sur l'opium et les drogues narcotiques*, S.R.C. 1952, chap. 201, cette disposition, qui était semblable à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, ne reportait sur l'accusé que la charge secondaire de produire des éléments de preuve. Quant à la charge principale, elle continuait d'incomber au ministère public. Dans l'arrêt *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1 (C.A.C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits* parce que l'art. 33 de la *Loi des aliments et drogues* (l'actuel S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 35) exigeait simplement d'un accusé qu'il fasse naître un doute raisonnable sur la question de savoir s'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Toutefois, cet arrêt n'a été suivi ni dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, ni dans l'arrêt *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216 (C.A.C.-B.)

Les décisions établissant que seule la charge secondaire ou la charge de présentation est déplacée n'ont aucune force persuasive pour ce qui est de la *Loi sur les stupéfiants*. Comme l'a conclu le juge Ritchie dans l'arrêt *R. c. Appleby*, précité, (quoique relativement à une disposition législative différente), le terme «établir» équivaut à «prouver». En employant le mot «démontrer» à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le législateur a voulu imposer à l'accusé une charge ultime. C'est ce qui ressort on ne peut plus clairement de la phrase

narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged”.

In the *Appleby* case, Ritchie J. also held that the accused is required to disprove the presumed fact according to the civil standard of proof, on a balance of probabilities. He rejected the criminal standard of beyond a reasonable doubt, relying, *inter alia*, upon the following passage from the House of Lords’ decision in *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226, at p. 232:

Generally speaking, no onus lies upon a defendant in criminal proceedings to prove or disprove any fact: it is sufficient for his acquittal if any of the facts which, if they existed, would constitute the offence with which he is charged are “not proved”. But exceptionally, as in the present case, an enactment creating an offence expressly provides that if other facts are proved, a particular fact, the existence of which is a necessary factual ingredient of the offence, shall be presumed or deemed to exist “unless the contrary is proved”. In such a case the consequence of finding that that particular fact is “disproved” will be an acquittal, whereas the absence of such a finding will have the consequence of a conviction. Where this is the consequence of a fact’s being “disproved” there can be no grounds in public policy for requiring that exceptional degree of certainty as excludes all reasonable doubt that that fact does not exist. In their Lordships’ opinion the general rule applies in such a case and it is sufficient if the court considers that upon the evidence before it it is more likely than not that the fact does not exist. The test is the same as that applied in civil proceedings: the balance of probabilities.

I conclude that s. 8 of the *Narcotic Control Act* contains a reverse onus provision imposing a legal burden on an accused to prove on a balance of probabilities that he or she was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking. It is therefore necessary to determine whether s. 8 of the *Narcotic Control Act* offends the right to be “presumed innocent until proven guilty” as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

suiivante: «si l’accusé ne démontre pas qu’il n’était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l’infraction dont fait mention l’acte d’accusation».

a

Dans l’arrêt *Appleby*, le juge Ritchie a conclu en outre que l’accusé doit prouver l’inexistence du fait présumé selon la norme de preuve en matière civile, savoir celle de la prépondérance des probabilités. Il a rejeté la norme d’une preuve hors de tout doute raisonnable applicable en matière criminelle, en se fondant notamment sur le passage suivant tiré de l’arrêt de la Chambre des lords *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226, à la p. 232:

[TRADUCTION] En règle générale, dans des procédures criminelles, le défendeur n’a pas à prouver ou à réfuter quelque fait que ce soit: pour qu’il soit acquitté, il suffit que l’un des faits qui, s’il existait, constituerait l’infraction dont il est accusé, «ne soit pas prouvé». Mais il arrive exceptionnellement, comme en l’espèce, que la loi créant une infraction prévoit expressément que si d’autres faits sont prouvés, un fait précis, dont l’existence constitue un élément essentiel de l’infraction, sera présumé ou réputé exister «à moins que le contraire ne soit prouvé». En pareil cas, la conclusion que ce fait précis est «réfuté» entraîne un acquittement, alors que l’absence d’une telle conclusion entraîne une déclaration de culpabilité. Lorsque c’est là le résultat de la «réfutation» d’un fait, il ne peut y avoir, dans l’intérêt public, de motif d’exiger un degré exceptionnel de certitude tel qu’il lève tout doute raisonnable que ce fait n’existe pas. À notre avis, en pareil cas, la règle générale s’applique et il suffit que la cour considère, compte tenu de la preuve à sa disposition, que le fait n’existe probablement pas. Le critère est le même que celui qui s’applique dans les procédures civiles: celui de la prépondérance des probabilités.

Je conclus que l’art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contient une disposition qui inverse la charge de la preuve en imposant à l’accusé la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu’il n’était pas en possession d’un stupéfiant pour en faire le trafic. Il est donc nécessaire d’établir si l’art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte au droit d’un inculpé d’être «préssumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable», garanti par l’al. 11d) de la *Charte*.

(b) The Presumption of Innocence and s. 11(d) of the Charter

Section 11(d) of the *Charter* constitutionally entrenches the presumption of innocence as part of the supreme law of Canada. For ease of reference, I set out this provision again:

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.

To interpret the meaning of s. 11(d), it is important to adopt a purposive approach. As this Court stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344:

The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms

To identify the underlying purpose of the *Charter* right in question, therefore, it is important to begin by understanding the cardinal values it embodies.

The presumption of innocence is a hallowed principle lying at the very heart of criminal law. Although protected expressly in s. 11(d) of the *Charter*, the presumption of innocence is referable and integral to the general protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 of the *Charter* (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, *per* Lamer J.) The presumption of innocence protects the fundamental liberty and human dignity of any and every person accused by the State of criminal conduct. An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to

b) La présomption d'innocence et l'al. 11d) de la Charte

L'alinéa 11d) de la *Charte* enchâsse la présomption d'innocence dans la Constitution qui est la loi suprême du Canada. Par souci de commodité, je reproduis de nouveau cette disposition:

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;

Il importe dans l'interprétation de l'al. 11d) de tenir compte de son objet. Comme l'a souligné cette Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344:

Le sens d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers . . .

Par conséquent, pour identifier l'objet qui sous-tend le droit garanti par la *Charte* dont il est question en l'espèce, il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit.

La présomption d'innocence est un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel. Bien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11d) de la *Charte*, la présomption d'innocence relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'art. 7 de la *Charte* (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer). La présomption d'innocence a pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'État accuse d'une conduite criminelle. Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences

social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms. In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused's guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise.

The presumption of innocence has enjoyed long-standing recognition at common law. In the leading case, *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), Viscount Sankey wrote at pp. 481-82:

Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to what I have already said as to the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, as to whether the prisoner killed the deceased with a malicious intention, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained.

Subsequent Canadian cases have cited the *Woolmington* principle with approval (see, for example, *Manchuk v. The King*, [1938] S.C.R. 341, at p. 349; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at p. 1316).

Further evidence of the widespread acceptance of the principle of the presumption of innocence is its inclusion in the major international human rights documents. Article 11(I) of the *Universal Declaration of Human Rights*, adopted December 10, 1948 by the General Assembly of the United Nations, provides:

sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjudices sociaux, psychologiques et économiques. Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d'innocence revêt une importance capitale. Elle garantit qu'un accusé est innocent tant que l'État n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l'équité et la justice sociale. La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois.

La présomption d'innocence a depuis fort longtemps droit de cité en *common law*. Dans l'arrêt de principe *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), le vicomte Sankey écrit aux pp. 481 et 482:

[TRADUCTION] Dans toute la toile du droit criminel anglais se retrouve toujours un certain fil d'or, soit le devoir de la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu, sous réserve de ce que j'ai déjà dit à propos de la défense excipant de l'aliénation mentale et sous réserve, également, de toute exception créée par la loi. Si, à l'issue des débats, la preuve produite, soit par la poursuite, soit par le prévenu, fait naître un doute raisonnable quant à savoir si ce dernier a tué la victime avec préméditation, la poursuite a échoué et le prévenu a droit à un acquittement. Peu importe la nature de l'accusation ou le lieu du procès, le principe obligeant la poursuite à prouver la culpabilité du prévenu est consacré dans la *common law* d'Angleterre et toute tentative d'y porter atteinte doit être repoussée.

Le principe posé dans l'arrêt *Woolmington* a par la suite été cité et approuvé dans des arrêts canadiens (voir, par exemple, *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341, à la p. 349; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, à la p. 1316).

L'acceptation générale du principe de la présomption d'innocence ressort en outre de son inclusion dans les plus importants documents internationaux relatifs aux droits de la personne. Le paragraphe 11(I) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies, dispose:

Article 11

I. Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

In the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 1966, art. 14(2) states:

Article 14

2. Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

Canada acceded to this Covenant, and the Optional Protocol which sets up machinery for implementing the Covenant, on May 19, 1976. Both came into effect on August 19, 1976.

In light of the above, the right to be presumed innocent until proven guilty requires that s. 11(d) have, at a minimum, the following content. First, an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt. Second, it is the State which must bear the burden of proof. As Lamer J. stated in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357:

Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or calling other evidence.

Third, criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness. The latter part of s. 11(d), which requires the proof of guilt "according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal", underlines the importance of this procedural requirement.

(c) Authorities on Reverse Onus Provisions and the Presumption of Innocence

Having considered the general meaning of the presumption of innocence, it is now, I think, desirable to review briefly the authorities on reverse onus clauses in Canada and other jurisdictions.

Article 11

I. Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.

Le paragraphe 14(2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1966, porte:

Article 14

2. Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

Le Canada a adhéré à ce pacte ainsi qu'au Protocole facultatif prévoyant les modalités d'application du Pacte, le 19 mai 1976. Les deux sont entrés en vigueur le 19 août 1976.

Compte tenu de ce qui précède, le droit, prévu par l'al. 11d), d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins que, premièrement, la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable et, deuxièmement, que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve. Comme l'affirme le juge Lamer dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 357:

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins.

Troisièmement, les poursuites criminelles doivent se dérouler d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité. L'importance de ces dernières ressort de la dernière partie de l'al. 11d) qui pose comme exigence que la culpabilité soit établie «conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable».

(c) Jurisprudence relative aux dispositions portant inversion de la charge de la preuve et à la présomption d'innocence

Ayant étudié le sens général de la présomption d'innocence, je crois qu'il convient maintenant de passer brièvement en revue la jurisprudence canadienne et celle d'autres ressorts traitant des dispositions portant inversion de la charge de la preuve.

(i) The Canadian Bill of Rights Jurisprudence

Section 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, which safeguards the presumption of innocence, provides:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(f) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal

The wording of this section closely parallels that of s. 11(d). For this reason, one of the Crown's primary contentions is that the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence should be determinative of the outcome of the present appeal.

The leading case decided under s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* and relied on by the Crown, is *R. v. Appleby, supra*. In that case, the accused had challenged s. 224A(1)(a) (now s. 237(1)(a)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which imposes a burden upon an accused to prove that he or she, though occupying the driver's seat, did not enter the vehicle for the purpose of setting it in motion and did not, therefore, have care and control. This Court rejected the arguments of the accused that s. 2(f) had been violated; it relied on the *Woolmington* case which held that the presumption of innocence was subject to "statutory exceptions". As Ritchie J. stated in his judgment for the majority at pp. 315-16:

It seems to me, therefore, that if *Woolmington's* case is to be accepted, the words "presumed innocent until proved guilty according to law . . ." as they appear in

(i) Jurisprudence relative à la Déclaration canadienne des droits

L'alinéa 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui protège la présomption d'innocence, est ainsi rédigé:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

f) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé

Le texte de cette disposition se rapproche de celui de l'al. 11d). Pour cette raison, le ministère public avance parmi ses arguments principaux que ce pourvoi doit être tranché en fonction de la jurisprudence relative à la *Déclaration canadienne des droits*.

L'arrêt de principe portant sur l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, invoqué par le ministère public, est l'arrêt *R. c. Appleby*, précité. Dans cette affaire, l'accusé avait contesté la validité de l'al. 224A(1)a) (l'actuel al. 237(1)a)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, qui impose à l'accusé la charge de prouver que, même s'il occupait la place du conducteur d'un véhicule à moteur, il n'était pas entré dans ce véhicule afin de le mettre en marche et que, par conséquent, il n'en n'avait ni la garde ni le contrôle. Cette Cour avait rejeté les arguments de l'accusé portant qu'il y avait eu violation de l'al. 2f); elle s'était alors fondée sur l'arrêt *Woolmington* qui établit qu'on peut par voie de disposition législative déroger à la présomption d'innocence. Comme l'a dit le juge Ritchie dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité, aux pp. 315 et 316:

Par conséquent, il me semble que si l'on doit accepter l'affaire *Woolmington*, les termes «du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa

s. 2(f) of the *Bill of Rights*, must be taken to envisage a law which recognizes the existence of statutory exceptions reversing the onus of proof with respect to one or more ingredients of an offence in cases where certain specific facts have been proved by the Crown in relation to such ingredients.

In a concurring opinion, Laskin J. (as he then was) put forward an alternative test. He chose not to follow Ritchie J.'s approach of reading a statutory exception limitation into the phrase "according to law" in s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, and said at p. 317:

I do not construe s. 2(f) as self-defeating because of the phrase "according to law" which appears therein. Hence, it would be offensive to s. 2(f) for a federal criminal enactment to place upon the accused the ultimate burden of establishing his innocence with respect to any element of the offence charged. The "right to be presumed innocent", of which s. 2(f) speaks, is, in popular terms, a way of expressing the fact that the Crown has the ultimate burden of establishing guilt; if there is any reasonable doubt at the conclusion of the case on any element of the offence charged, an accused person must be acquitted. In a more refined sense, the presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit (after the Crown's evidence is in and as well any evidence tendered on behalf of the accused) of any reasonable doubt: see *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 at 452.

Nevertheless, Laskin J. went on to hold that the presumption of innocence is not violated by "any statutory or non-statutory burden upon an accused to adduce evidence to neutralize, or counter on a balance of probabilities, the effect of evidence presented by the Crown" (p. 318). The test, according to Laskin J., is whether the legislative provision calls for a finding of guilt even though there is a reasonable doubt as to the culpability of the accused. This would seem to prohibit the imposition of any legal burden on the accused; however, Laskin J. upheld a statutory provision which would appear to have done precisely that.

In a subsequent case, *R. v. Shelley*, *supra*, involving a reverse onus provision regarding

culpabilité ait été établie en conformité de la loi . . . » à l'art. 2(f) de la *Déclaration des droits*, doivent être interprétés comme envisageant une loi qui reconnaît l'existence d'exceptions légales déplaçant le fardeau de la preuve en ce qui concerne un élément ou plus d'une infraction, lorsque certains faits précis ont été prouvés par la Couronne relativement à ces éléments.

Dans ses motifs concordants, le juge Laskin (alors juge puîné) a proposé un autre critère. En effet, à la différence du juge Ritchie, il a choisi de ne pas considérer comme une exception légale l'expression «en conformité de la loi» à l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits* et, à la p. 317, il a dit ce qui suit:

Je ne considère pas que l'art. 2(f) s'annule lui-même à cause de l'expression «en conformité de la loi» qui y figure. Ainsi, une loi fédérale, en matière criminelle, qui imposerait à l'accusé l'obligation ultime de prouver son innocence relativement à tout élément de l'accusation portée contre lui, enfreindrait l'art. 2(f). Le «droit à la présomption d'innocence» dont parle l'art. 2(f) signifie, en termes populaires, que le fardeau ultime d'établir la culpabilité incombe au ministère public. Si, à la fin des plaidoiries, il existe un doute raisonnable relativement à tout élément de l'accusation, le prévenu doit être acquitté. Plus précisément, la présomption d'innocence donne au prévenu l'avantage initial du droit au silence et l'avantage ultime (après la présentation de la preuve du ministère public et de toute autre preuve pour le compte du prévenu) de tout doute raisonnable: voir *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 à 452.

Néanmoins, le juge Laskin a ajouté qu'il n'y a pas de violation de la présomption d'innocence du fait «qu'un prévenu puisse avoir, en vertu d'une loi ou non, l'obligation de présenter une preuve pour neutraliser ou contrecarrer, par une balance des probabilités, l'effet de la preuve du ministère public» (à la p. 318). Selon le juge Laskin, le critère est de savoir si la disposition législative exige une déclaration de culpabilité même s'il subsiste un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Cela semblerait donc s'opposer à ce qu'une charge ultime soit imposée à l'accusé. Cependant, le juge Laskin a conclu à la validité d'une disposition législative qui paraît avoir eu précisément cet effet.

Par la suite, dans l'arrêt *R. c. Shelley*, précité, où il s'agissait d'une disposition qui inversait la

unlawful importation, Laskin C.J. discussed further the views he had articulated in *Appleby* at p. 200:

This Court held in *R. v. Appleby* that a reverse onus provision, which goes no farther than to require an accused to offer proof on a balance of probabilities, does not necessarily violate the presumption of innocence under s. 2(f). It would, of course, be clearly incompatible with s. 2(f) for a statute to put upon an accused a reverse onus of proving a fact in issue beyond a reasonable doubt. In so far as the onus goes no farther than to require an accused to prove as essential fact upon a balance of probabilities, the essential fact must be one which is rationally open to the accused to prove or disprove, as the case may be. If it is one which an accused cannot reasonably be expected to prove, being beyond his knowledge or beyond what he may reasonably be expected to know, it amounts to a requirement that is impossible to meet.

In addition, Laskin C.J. sowed the seeds for the development of a "rational connection test" for determining the validity of a reverse onus provision when he stated at p. 202:

It is evident to me in this case that there is on the record no rational or necessary connection between the fact proved, *i.e.* possession of goods of foreign origin, and the conclusion of unlawful importation which the accused under s. 248(1) must, to avoid conviction, disprove.

Although there are important lessons to be learned from the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence, it does not constitute binding authority in relation to the constitutional interpretation of the *Charter*. As this Court held in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, the *Charter*, as a constitutional document, is fundamentally different from the statutory *Canadian Bill of Rights*, which was interpreted as simply recognizing and declaring existing rights. (See also *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 *per* Wilson J.; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, *per* Le Dain J.) In rejecting the *Canadian Bill of Rights* religion cases as determinative of the meaning of freedom of religion under the

charge de la preuve en matière d'importation illégale, le juge en chef Laskin a développé davantage l'opinion qu'il avait exprimée dans l'arrêt *Appleby* (à la p. 200):

" Dans l'arrêt *R. c. Appleby*, cette Cour a décidé qu'une disposition qui prévoit le déplacement du fardeau de la preuve et qui n'exige rien de plus d'un accusé que la preuve selon la prépondérance des probabilités, ne viole pas nécessairement la présomption d'innocence de l'al. 2f). Bien sûr, il serait vraiment incompatible avec l'al. 2f) qu'une loi oblige un accusé à prouver hors de tout doute raisonnable un fait en litige. Tant que le fardeau n'exige pas d'un accusé plus que la preuve d'un fait essentiel selon la prépondérance des probabilités, il doit s'agir d'un fait essentiel que l'accusé est en mesure d'établir ou de réfuter selon le cas. S'il s'agit d'un fait que l'accusé ne peut raisonnablement être en mesure de prouver, soit qu'il l'ignore ou qu'il ne peut raisonnablement être en mesure de le connaître, cela équivaut à une exigence impossible à remplir.

De plus, le juge en chef Laskin a jeté les bases de l'élaboration d'un «critère du lien rationnel» applicable à la détermination de la validité d'une disposition portant inversion de la charge de la preuve. À la page 202, il tient les propos suivants:

Il me paraît évident en l'espèce qu'il n'y a au dossier aucun lien rationnel ou nécessaire entre le fait prouvé, *c.-à-d.* la possession de marchandises d'origine étrangère, et la conclusion d'importation illégale que l'accusé doit réfuter en vertu du par. 248(1) pour ne pas être déclaré coupable.

Quoique la jurisprudence portant sur la *Déclaration canadienne des droits* soit très instructive, elle n'est nullement déterminante en ce qui concerne l'interprétation constitutionnelle de la *Charte*. Comme cette Cour l'a conclu dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, la *Charte*, en tant que document constitutionnel, diffère fondamentalement du texte législatif qu'est la *Déclaration canadienne des droits*, lequel a été interprété comme ne faisant que reconnaître et déclarer l'existence de droits déjà existants. (Voir également *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain.) En affirmant dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* que les affaires en matière religieuse décidées sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits* ne sauraient être déterminantes quant au sens qui

Charter in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, the Court had occasion to say at pp. 343-44:

I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*. For this reason, *Robertson and Rosetanni*, *supra*, cannot be determinative of the meaning of "freedom of conscience and religion" under the *Charter*. We must look, rather, to the distinctive principles of constitutional interpretation appropriate to expounding the supreme law of Canada.

With this in mind, one cannot but question the appropriateness of reading into the phrase "according to law" in s. 11(d) of the *Charter* the statutory exceptions acknowledged in *Woolmington* and in *Appleby*. The *Woolmington* case was decided in the context of a legal system with no constitutionally entrenched human rights document. In Canada, we have tempered parliamentary supremacy by entrenching important rights and freedoms in the Constitution. Viscount Sankey's statutory exception proviso is clearly not applicable in this context and would subvert the very purpose of the entrenchment of the presumption of innocence in the *Charter*. I do not, therefore, feel constrained in this case by the interpretation of s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* presented in the majority judgment in *Appleby*. Section 8 of the *Narcotic Control Act* is not rendered constitutionally valid simply by virtue of the fact that it is a statutory provision.

(ii) Canadian Charter Jurisprudence

In addition to the present case, there have been a number of other provincial appellate level judgments addressing the meaning of the presumption of innocence contained in s. 11(d). This jurisprudence provides a comprehensive and persuasive source of insight into the questions raised in this appeal. In particular, six appellate level courts, in addition to the Ontario Court of Appeal, have held

doit être donné à la liberté de religion garantie par la *Charte*, la Cour a dit, aux pp. 343 et 344:

Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*. Pour cette raison, l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, ne peut être déterminant quant au sens qui doit être donné à la «liberté de conscience et de religion» garantie par la *Charte*. Il nous faut plutôt recourir aux principes distinctifs d'interprétation constitutionnelle applicables à la loi suprême du Canada.

Dans ce contexte, on ne peut que se demander s'il est approprié de voir dans l'expression «conformément à la loi» figurant à l'art. 11d) de la *Charte* les exceptions légales reconnues dans les arrêts *Woolmington* et *Appleby*. L'arrêt *Woolmington* est le produit d'un système juridique dans lequel les droits de la personne ne sont pas enchâssés dans un document constitutionnel. Au Canada, par contre, nous avons tempéré la primauté du Parlement par l'enchâssement de libertés et de droits importants dans la Constitution. La réserve des exceptions légales établie par le vicomte Sankey ne s'applique manifestement pas dans le contexte canadien, car elle irait à l'encontre de l'objet même de l'enchâssement de la présomption d'innocence dans la *Charte*. C'est pourquoi je ne me sens pas lié en l'espèce par l'interprétation qu'a donnée à l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits* la Cour à la majorité dans l'arrêt *Appleby*. L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* n'est pas constitutionnel du seul fait qu'il s'agit d'une disposition législative.

(ii) Jurisprudence relative à la Charte canadienne

Outre l'espèce, il y a eu plusieurs autres arrêts de cours d'appel provinciales qui ont traité du sens de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d). Ils constituent une jurisprudence détaillée et persuasive qui nous éclaire sur les questions soulevées dans le présent pourvoi. En particulier, outre la Cour d'appel de l'Ontario, six autres cours d'appel ont conclu que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*

that s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates the Charter: *R. v. Carroll, supra*; *R. v. Cook, supra*; *R. v. O'Day, supra*; *R. v. Stanger, supra*; *R. v. Landry, supra*; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319 (B.C.C.A.)

Following the decision of the Ontario Court of Appeal in the present case, the Prince Edward Island Supreme Court (*in banco*) rendered its decision in *R. v. Carroll, supra*. Writing for the majority, MacDonald J. held at p. 105:

Unless a provision falls within s. 1 of the Charter, there cannot be a requirement that an accused must prove an essential positive element of the Crown's case other than by raising a reasonable doubt. The presumption of innocence cannot be said to exist if by shifting the persuasive burden the court is required to convict even if a reasonable doubt may be said to exist.

In a concurring judgment, Mitchell J. commented at pp. 107-08:

Section 11(d) gives an accused person the right to be presumed innocent until proven guilty. It follows that if an accused is to be presumed innocent until proven guilty, he must not be convicted unless and until the Crown has proven each and all of the elements necessary to constitute the crime.

Applying these legal conclusions to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the Court held that s. 11(d) had been violated. As Mitchell J. stated at p. 108:

Under s. 8 an accused is not presumed innocent until proven guilty. He is only presumed innocent until found in possession. Once the Crown proves the accused had possession of the narcotic, he is presumed to be guilty of an intention to traffic until he proves otherwise.

The Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, also concluded that s. 8 is an unconstitutional violation of the s. 11(d) presumption of innocence in its decision in *R. v. Cook, supra*. After reviewing *R. v. Oakes, supra*, and *R. v. Carroll, supra*, Hart J.A. concluded at pp. 435-36:

va à l'encontre de la Charte: *R. v. Carroll*, précité; *R. v. Cook*, précité; *R. v. O'Day*, précité; *R. v. Stanger*, précité; *R. v. Landry*, précité; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319 (C.A.C.-B.)

a

À la suite de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire, la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (*in banco*) a rendu l'arrêt *R. v. Carroll*, précité. Le juge MacDonald, qui a rédigé les motifs de la majorité, conclut, à la p. 105:

[TRADUCTION] À moins qu'une disposition ne relève de l'art. 1 de la Charte, on ne peut exiger d'un accusé qu'il établisse un élément positif essentiel de la preuve du ministère public, si ce n'est en faisant naître un doute raisonnable. On ne peut pas dire que la présomption d'innocence existe si, en raison du déplacement de la charge de persuasion, la cour est tenue de rendre un verdict de culpabilité même si on peut dire qu'il existe un doute raisonnable.

d

Dans des motifs concordants, le juge Mitchell explique, aux pp. 107 et 108:

[TRADUCTION] L'alinéa 11d) reconnaît à tout accusé le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable. Il s'ensuit que, si un accusé doit être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, aucun verdict de culpabilité ne doit être rendu, à moins que le ministère public n'ait établi chacun des éléments constitutifs du crime.

f

Appliquant ces conclusions de droit à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, la cour a conclu à la violation de l'al. 11d). Comme l'affirme le juge Mitchell, à la p. 108:

[TRADUCTION] Sous le régime de l'art. 8, un accusé n'est pas présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable. La présomption d'innocence ne joue que jusqu'au moment où l'on conclut qu'il était en possession d'un stupéfiant. Dès lors que le ministère public établit que l'accusé avait le stupéfiant en sa possession, il est, jusqu'à preuve contraire, présumé avoir eu l'intention de se livrer au trafic.

i

Dans l'arrêt *R. v. Cook*, précité, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a elle aussi jugé inconstitutionnel l'art. 8 du fait qu'il porte atteinte à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d). Après avoir examiné les arrêts *R. v. Oakes* et *R. v. Carroll*, précités, le juge Hart conclut, aux pp. 435 et 436:

j

Section 8 of the *Narcotic Control Act* is a piece of legislation that attempts to relieve the Crown of its normal burden of proof by use of what is known as a reverse onus. Different types of reverse onus have been known to the law and proof of a case with the aid of a reverse onus can in my opinion, fall into the wording of s. 11(d) of the *Charter* as being proof "according to law" I know of no justification, however, for holding that it would be "according to law" to allow use of a reverse onus clause which permitted the Crown the assistance of a provision which relieved it from calling any probative evidence to establish one of the essential elements of an offence.

Although concurring in result, Jones J.A. maintained that the reasonableness test should be applied with respect to s. 1 and not with respect to the words "according to law" in s. 11(d).

The test of reasonableness should be available in considering the secondary question under s. 1 of the *Charter*. It is important that the burden of proof should be on the Crown to show that a statute which violates s. 11(d) of the *Charter* is demonstrably justified in a free and democratic society. (p. 439)

In *R. v. O'Day, supra*, the New Brunswick Court of Appeal struck down s. 8 of the *Narcotic Control Act* and registered its agreement with the three earlier provincial appellate level courts.

The Alberta Court of Appeal in *R. v. Stanger, supra*, also found s. 8 unconstitutional; however, the court was not unanimous in this conclusion. On the meaning of s. 11(d), Stevenson J.A., writing for the majority, paraphrased Martin J.A.'s comment in *Oakes* and stated at p. 351 that the presumption of innocence meant "first, that an accused is innocent until proven guilty in accordance with established procedure, and secondly, that guilt must be proven beyond a reasonable doubt". Mr. Justice Stevenson also cited MacDonald J.'s comment in *Carroll* that the presumption of innocence is maintained "as long as the prosecution has the final burden of establishing

[TRADUCTION] L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* tente, par le recours à ce qu'il est convenu d'appeler une inversion de la charge de la preuve, de dégager le ministère public de son fardeau normal en matière de preuve. On a connu en droit différents types de dispositions portant inversion de la charge de la preuve et, selon moi, une preuve établie à l'aide d'une telle disposition peut être visée par le texte de l'al. 11d) de la *Charte*, comme ayant été faite «conformément à la loi» Toutefois, à ce que je sache, rien ne justifie la conclusion qu'il serait «conforme à la loi» d'autoriser le recours à une disposition portant inversion de la charge de la preuve qui permet au ministère public de s'aider d'une disposition qui le dispense de produire une preuve probante quelconque visant à établir l'un des éléments essentiels d'une infraction.

Le juge Jones, quoique souscrivant à la conclusion de ses collègues, a soutenu que le critère du caractère raisonnable doit s'appliquer à l'égard de l'article premier et non pas à l'égard de l'expression «conformément à la loi» que l'on trouve à l'al. 11d).

[TRADUCTION] On doit pouvoir recourir au critère du caractère raisonnable dans l'examen de la question secondaire soulevée par l'article premier de la *Charte*. Il importe que ce soit au ministère public qu'il incombe de prouver qu'une loi qui viole l'al. 11d) de la *Charte* est manifestement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. (p. 439)

Dans l'arrêt *R. v. O'Day*, précité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a déclaré inconstitutionnel l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* et a exprimé son approbation des trois arrêts antérieurs rendus par des cours d'appel provinciales.

La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *R. v. Stanger*, précité, a également conclu à l'inconstitutionnalité de l'art. 8; cette conclusion n'a toutefois pas été unanime. En ce qui concerne le sens de l'al. 11d), le juge Stevenson, qui a rédigé les motifs de la majorité, a paraphrasé les observations faites par le juge Martin dans l'arrêt *Oakes*, disant à la p. 351 que la présomption d'innocence signifie [TRADUCTION] «en premier lieu, qu'un accusé est innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la procédure établie et, en deuxième lieu, que la culpabilité doit être prouvée hors de tout doute raisonnable». De plus, le juge Stevenson a cité l'observation du juge MacDonald dans l'ar-

guilt, on any element of the offence charged, beyond a reasonable doubt" (*supra*, p. 98).

I should add that the majority, in *Stanger*, correctly rejected the applicability of the Privy Council decision in *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648. That case concerned constitutional provisions of Singapore which are significantly different from those of the *Charter*; in particular, they do not contain an explicit endorsement of the presumption of innocence. Moreover, the Privy Council did not read this principle into the general due process protections of the Constitution of Singapore.

In *R. v. Landry*, *supra*, the Quebec Court of Appeal invalidated s. 8 of the *Narcotic Control Act* and extended its conclusions to s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*. As Malouf J.A. stated at p. 561:

Both the *Bill of Rights* and the Charter recognize the right of an accused to be presumed innocent until proven guilty according to law. I cannot accept that such a basic and fundamental principle can be set aside by such a reverse onus provision.

Finally, in a very brief judgment, *R. v. Stock*, *supra*, the British Columbia Court of Appeal concurred with the Court of Appeal decisions reviewed above, endorsing in particular the Ontario Court of Appeal decision in *Oakes*. An earlier British Columbia Court of Appeal opinion, *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661 (B.C.C.A.), had dismissed an appeal from a ruling which had upheld the constitutionality of s. 8 of the *Narcotic Control Act*; however, the basis for the denial of the appeal was procedural. The court did not assess the constitutionality of s. 8 in relation to the presumption of innocence.

There have also been a number of cases in which the meaning of s. 11(d) has been considered in

rêt *Carroll*, précité, portant que la présomption d'innocence vaut [TRADUCTION] «tant que la poursuite a la charge ultime d'établir hors de tout doute raisonnable . . . la culpabilité relativement à tout élément de l'infraction imputée» (précité, à la p. 98).

Je tiens à ajouter que c'est avec raison que, dans l'arrêt *Stanger*, la cour à la majorité a jugé inapplicable l'arrêt du Conseil privé *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648. Cette affaire concernait des dispositions de la Constitution de Singapour qui sont sensiblement différentes de celles de la *Charte*; en particulier, elles ne contiennent pas de reconnaissance explicite de la présomption d'innocence. De plus, le Conseil privé n'a pas estimé que ce principe était inhérent aux dispositions générales de la Constitution de Singapour garantissant le caractère équitable des procédures.

Dans l'arrêt *R. v. Landry*, précité, la Cour d'appel du Québec a déclaré invalide l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Les conclusions de la cour portaient en outre sur l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, le juge Malouf faisant remarquer, à la p. 561:

[TRADUCTION] La *Déclaration des droits* et la *Charte* reconnaissent toutes deux à l'accusé le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi. Je ne puis admettre qu'un principe aussi élémentaire et fondamental puisse être écarté par une telle disposition portant inversion de la charge de la preuve.

Finalement, dans l'arrêt très bref *R. v. Stock*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est dite d'accord avec les arrêts de cours d'appel que nous venons d'examiner, approuvant en particulier l'arrêt *Oakes* de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans l'arrêt antérieur *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait rejeté l'appel d'une décision qui avait jugé constitutionnel l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Cependant, ce rejet était fondé sur des motifs de procédure. La cour n'a pas examiné la constitutionnalité de l'art. 8 en fonction de la présomption d'innocence.

Il y a eu en outre plusieurs arrêts dans lesquels le sens de l'al. 11d) a été étudié en fonction

relation to other legislative provisions; see, for example, *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250 (Ont. C.A.); *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277 (B.C.C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539 (Ont. C.A.); *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125 (N.S.C.A.); *R. v. Kowalczyk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25 (Man. C.A.); *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34 (Man. C.A.); *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713 (Ont. C.A.)

To summarize, the Canadian *Charter* jurisprudence on the presumption of innocence in s. 11(d) and reverse onus provisions appears to have solidly accorded a high degree of protection to the presumption of innocence. Any infringements of this right are permissible only when, in the words of s. 1 of the *Charter*, they are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

(iii) United States Jurisprudence

In the United States, protection of the presumption of innocence is not explicit. Rather, it has been read into the "due process" provisions of the *American Bill of Rights* contained in the Fifth and Fourteenth Amendments of the *Constitution of the United States of America*. An extensive review of the United States case law is provided in Martin J.A.'s judgment for the Ontario Court of Appeal. I will, therefore, merely highlight the major jurisprudential developments.

In *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943), Roberts J. outlined the following test at pp. 467-68:

... a statutory presumption cannot be sustained if there be no rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, if the inference of the one from proof of the other is arbitrary because of lack of connection between the two in common experience.

The comparative convenience of producing evidence was also acknowledged as a corollary test. The case involved a presumption to be drawn,

d'autres dispositions législatives; voir, par exemple, *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250 (C.A. Ont.); *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada accordée; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539 (C.A. Ont.); *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125 (C.A.N.-É.); *R. v. Kowalczyk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25 (C.A. Man.); *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34 (C.A. Man.); *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713 (C.A. Ont.)

En résumé, la jurisprudence canadienne relative à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte* et aux dispositions portant inversion de la charge de la preuve paraît avoir accordé un très haut degré de protection à la présomption d'innocence. Il ne peut y avoir atteinte à ce droit que, comme le dit l'article premier de la *Charte*, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

(iii) Jurisprudence américaine

Aux États-Unis, la présomption d'innocence n'est pas expressément protégée. Au contraire, on a considéré qu'elle découle implicitement des dispositions de l'*American Bill of Rights* relatives au «caractère équitable des procédures», que contiennent les Cinquième et Quatorzième amendements de la *Constitution of the United States of America*. On trouve, dans les motifs que le juge Martin a rédigés pour la Cour d'appel de l'Ontario, un examen approfondi de la jurisprudence américaine, dont je ne soulignerai en conséquence que les points saillants.

Dans la décision *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943), le juge Roberts formule le critère suivant, aux pp. 467 et 468:

[TRADUCTION] ... une présomption légale ne saurait jouer s'il n'existe pas de lien rationnel entre le fait prouvé et le fait ultime présumé, si la conclusion à l'existence de l'un à partir de la preuve de l'autre est arbitraire parce que l'expérience générale ne démontre pas de lien entre ces deux faits.

De plus, on a reconnu comme critère accessoire la facilité relative avec laquelle des éléments de preuve peuvent être produits. Dans cette affaire, il

from the possession of firearms by a person convicted of a previous crime of violence, that the firearms were illegally obtained through interstate or foreign commerce. Of note was Roberts J.'s comment that even if a rational connection had been proved, the statutory presumption could not be sustained because of the prejudicial reliance on a past conviction as part of the basic fact. The accused would be discredited in the eyes of the jury even before he attempted to disprove the presumed fact.

In *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969), Harlan J. articulated a more stringent test for invalidity at p. 36:

... a criminal statutory presumption must be regarded as "irrational" or "arbitrary", and hence unconstitutional, unless it can at least be said with substantial assurance that the presumed fact is more likely than not to flow from the proved fact on which it is made to depend.

Harlan J. also noted that since the statutory presumption was invalid under the above test, "we need not reach the question whether a criminal presumption which passes muster when so judged must also satisfy the criminal 'reasonable doubt' standard if proof of the crime charged or an essential element thereof depends upon its use" (footnote 64).

The United States Supreme Court did answer this question in *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). It held that where a mandatory criminal presumption was imposed by statute, the State may not "rest its case entirely on a presumption unless the fact proved is sufficient to support the inference of guilt beyond a reasonable doubt" (p. 167). A mere rational connection is insufficient. This case illustrates the high degree of constitutional protection accorded the principle that an accused must be found guilty beyond a reasonable doubt. The

s'agissait d'une présomption, fondée sur la possession d'armes à feu par une personne ayant déjà été déclarée coupable d'un crime violent, que ces armes à feu avaient été illégalement obtenues par le commerce international ou entre états. Soulignons ici que le juge Roberts a fait observer que, même si on avait prouvé l'existence d'un lien rationnel, la présomption légale ne pouvait s'appliquer parce que le fait établi sur lequel on se fondait comportait une déclaration de culpabilité antérieure, préjudiciable à l'accusé. Ce dernier serait donc discrédité aux yeux du jury avant même qu'il n'essaie de réfuter le fait présumé.

Dans la décision *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969), à la p. 36, le juge Harlan formule un critère plus sévère pour conclure à l'invalidité:

[TRADUCTION] ... une présomption légale en matière criminelle doit être tenue pour «irrationnelle» ou «arbitraire» et, partant inconstitutionnelle, à moins qu'on ne puisse affirmer avec beaucoup de certitude que le fait présumé découle probablement du fait établi dont il est censé dépendre.

Le juge Harlan a fait remarquer en outre que, vu l'invalidité de la présomption légale selon le critère énoncé ci-dessus, [TRADUCTION] «nous n'avons pas à nous pencher sur la question de savoir si une présomption en matière criminelle qui répond à ce critère doit aussi satisfaire à la norme du «doute raisonnable», applicable dans les affaires criminelles, lorsque la preuve du crime imputé ou d'un élément essentiel de celui-ci dépend de l'application de cette présomption» (note 64).

La Cour suprême des États-Unis a répondu à cette question dans l'arrêt *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979).

Elle a conclu que, lorsqu'une loi crée une présomption impérative en matière criminelle, l'État ne peut [TRADUCTION] «fonder sa preuve entièrement sur une présomption, à moins que le fait prouvé ne suffise pour justifier la conclusion que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable» (à la p. 167). Un simple lien rationnel ne suffit pas. Cet arrêt démontre donc le haut degré de protection constitutionnelle accordée au principe selon lequel la culpabilité d'un accusé doit être établie hors de tout doute raisonnable. La raison d'être de ce principe a été bien exprimée par le juge Brennan

rationale for this is well stated by Brennan J. in *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), at pp. 363-64:

The requirement of proof beyond a reasonable doubt has this vital role in our criminal procedure for cogent reasons. The accused during a criminal prosecution has at stake interests of immense importance, both because of the possibility that he may lose his liberty upon conviction and because of the certainty that he would be stigmatized by the conviction. Accordingly, a society that values the good name and freedom of every individual should not condemn a man for commission of a crime when there is reasonable doubt about his guilt.

(iv) European Convention on Human Rights Jurisprudence

As mentioned above, international developments in human rights law have afforded protection to the principle of the presumption of innocence. The jurisprudence on *The European Convention on Human Rights* includes a consideration of the legitimacy of reverse onus provisions. Section 6(2) of *The European Convention on Human Rights* reads:

Article 6

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

The meaning of s. 6(2) was clarified in the *Pfund-ers Case (Austria v. Italy)* (1963), 6 Yearbook E.C.H.R. 740, at p. 782 and p. 784:

This text, according to which everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law, requires firstly that court judges in fulfilling their duties should not start with the conviction or assumption that the accused committed the act with which he is charged. In other words, the onus to prove guilt falls upon the Prosecution, and any doubt is to the benefit of the accused. Moreover, the judges must permit the latter to produce evidence in rebuttal. In their judgment they can find him guilty only on the basis of direct or indirect evidence sufficiently strong in the eyes of the law to establish his guilt.

dans l'arrêt *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), aux pp. 363 et 364:

[TRADUCTION] Si l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable joue dans notre procédure criminelle un rôle si vital, il y a de très bonnes raisons à cela. Pour un accusé qui fait face à des poursuites criminelles, l'enjeu revêt une importance capitale, d'une part en raison de la privation de liberté que risque d'entraîner une déclaration de culpabilité et, d'autre part, à cause de l'opprobre qui en résulterait certainement. Par conséquent, une société qui attache de la valeur à la réputation et à la liberté de chaque citoyen doit se garder de condamner une personne pour la perpétration d'un crime lorsqu'il subsiste un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

(iv) Jurisprudence portant sur la Convention européenne des droits de l'homme

d Comme je l'ai déjà mentionné, le droit international dans le domaine des droits de la personne a évolué de manière à protéger le principe de la présomption d'innocence. La jurisprudence relative à la *Convention européenne des droits de l'homme* traite notamment de la légitimité des dispositions portant inversion de la charge de la preuve. Le paragraphe 6(2) de la *Convention européenne des droits de l'homme* est ainsi rédigé:

f Article 6

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

g Le sens du par. 6(2) a été élucidé dans l'*Affaire Pfunders (Autriche c. Italie)* (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741, aux pp. 783 et 785:

h Ce texte, aux termes duquel toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie, exige en premier lieu que les membres du tribunal, en remplissant leur fonction, ne partent pas de la conviction ou de la supposition que le prévenu a commis l'acte incriminé. i Autrement dit, la charge de la preuve de la culpabilité incombe au Ministère public, et le doute profite à l'inculpé. De plus, les juges doivent permettre à ce dernier de leur fournir ses contre-preuves. Puis, au moment de prendre leur décision, ils ne doivent arriver à une condamnation que sur la base de preuves directes ou indirectes mais suffisamment fortes, aux yeux de la loi, pour établir la culpabilité de l'intéressé. j

Although the Commission has endorsed the general importance of the requirement that the prosecution prove the accused's guilt beyond a reasonable doubt, it has acknowledged the permissibility of certain exceptions to this principle. For example, the Commission upheld a statutory reverse onus provision in which a man living with or habitually in the company of a prostitute is presumed to be knowingly living on the earnings of prostitution unless he proves otherwise (*X against the United Kingdom*, Appl'n. No. 5124/71, Collection of Decisions, E.C.H.R., 135). The Commission noted the importance of examining the substance and effect of a statutory reverse onus. It concluded, however, at p. 135:

The statutory presumption in the present case is restrictively worded. . . . The presumption is neither irrebuttable nor unreasonable. To oblige the prosecution to obtain direct evidence of "living on immoral earnings" would in most cases make its task impossible.

(See discussion in Francis Jacobs, *The European Convention on Human Rights* (Oxford: 1975), pp. 113-14.)

(d) Conclusion Regarding s. 11(d) of the Charter and s. 8 of the Narcotic Control Act

This review of the authorities lays the groundwork for formulating some general conclusions regarding reverse onus provisions and the presumption of innocence in s. 11(d). We can then proceed to apply these principles to the particulars of s. 8 of the *Narcotic Control Act*.

In general one must, I think, conclude that a provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d). If an accused bears the burden of disproving on a balance of probabilities an essential element of an offence, it would be possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. This would arise if the accused adduced sufficient evidence to raise a

Bien que la Commission ait reconnu l'importance générale de l'exigence que la poursuite prouve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, elle a reconnu aussi le caractère acceptable de certaines exceptions à ce principe. Par exemple, la Commission a conclu à la validité d'une disposition légale portant inversion de la charge de la preuve, disposition selon laquelle l'homme qui cohabite avec une prostituée ou qui est régulièrement en sa compagnie est présumé vivre sciemment de revenus tirés de la prostitution, à moins qu'il ne prouve le contraire (*X contre le Royaume-Uni*, demande n° 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135). La Commission a souligné l'importance d'examiner le contenu et l'effet d'une disposition législative portant inversion de la charge de la preuve. Elle conclut toutefois, à la p. 135:

[TRADUCTION] La présomption légale en l'espèce est formulée de manière restrictive . . . Cette présomption n'est ni irréfutable ni déraisonnable. Obliger la poursuite à obtenir une preuve directe que quelqu'un «vit de revenus immoraux» rendrait, dans la plupart des cas, sa tâche impossible.

(Voir l'analyse de Francis Jacobs, *The European Convention on Human Rights* (Oxford: 1975), aux pp. 113 et 114.)

d) Conclusion relative à l'al. 11d) de la Charte et à l'art. 8 de la Loi sur les stupéfiants

À partir de cet examen de la jurisprudence, nous sommes en mesure de formuler certaines conclusions générales sur les dispositions portant inversion de la charge de la preuve et sur la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d). Nous pouvons ensuite appliquer ces principes aux dispositions de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*.

Je crois que, d'une manière générale, on doit conclure qu'une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d). S'il incombe à l'accusé de réfuter selon la prépondérance des probabilités un élément essentiel d'une infraction, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Cela se présenterait si l'accusé

reasonable doubt as to his or her innocence but did not convince the jury on a balance of probabilities that the presumed fact was untrue.

The fact that the standard is only the civil one does not render a reverse onus clause constitutional. As Sir Rupert Cross commented in the *Rede Lectures*, "The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof", delivered in 1976 at the University of Toronto, at pp. 11-13:

It is sometimes said that exceptions to the Woolmington rule are acceptable because, whenever the burden of proof on any issue in a criminal case is borne by the accused, he only has to satisfy the jury on the balance of probabilities, whereas on issues on which the Crown bears the burden of proof the jury must be satisfied beyond a reasonable doubt . . . The fact that the standard is lower when the accused bears the burden of proof than it is when the burden of proof is borne by the prosecution is no answer to my objection to the existence of exceptions to the Woolmington rule as it does not alter the fact that a jury or bench of magistrates may have to convict the accused although they are far from sure of his guilt.

As we have seen, the potential for a rational connection between the basic fact and the presumed fact to justify a reverse onus provision has been elaborated in some of the cases discussed above and is now known as the "rational connection test". In the context of s. 11(d), however, the following question arises: if we apply the rational connection test to the consideration of whether s. 11(d) has been violated, are we adequately protecting the constitutional principle of the presumption of innocence? As Professors MacKay and Cromwell point out in their article "Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts" (1983), 32 C.R. (3d) 221, at p. 233:

The rational connection test approves a provision that forces the trier to infer a fact that may be simply rationally connected to the proved fact. Why does it follow that such a provision does not offend the constitu-

produisait une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, mais ne parvenait pas à convaincre le jury selon la prépondérance des probabilités que le fait présumé est inexact.

Ce n'est pas parce que la norme applicable est la norme de preuve en matière civile qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve est constitutionnelle. Comme l'a expliqué sir Rupert Cross dans «The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof», conférence donnée en 1976 à l'Université de Toronto dans le cadre des *Rede Lectures* (aux pp. 11 à 13):

[TRADUCTION] D'aucuns prétendent que des exceptions à la règle posée dans l'arrêt *Woolmington* sont acceptables parce que, lorsque la charge de la preuve relativement à telle question dans une affaire criminelle incombe à l'accusé, celui-ci n'a à convaincre le jury que selon la prépondérance des probabilités, tandis que dans le cas des questions à l'égard desquelles la charge de la preuve incombe au ministère public, le jury doit être convaincu hors de tout doute raisonnable . . . Bien que la norme de preuve soit moins sévère dans le cas de l'accusé qu'elle ne l'est dans le cas de la poursuite, je m'oppose tout de même à toute exception à la règle établie dans l'arrêt *Woolmington* parce que cela ne change rien au fait qu'un jury ou une formation de magistrats peut avoir à déclarer l'accusé coupable même s'ils ne sont pas du tout certains de sa culpabilité.

Rappelons ici que certains des arrêts étudiés précédemment ont établi qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait se justifier par l'existence d'un lien rationnel entre le fait établi et le fait présumé. Il s'agit de ce qu'il est convenu d'appeler maintenant le «critère du lien rationnel». Dans le contexte de l'al. 11d), toutefois, la question suivante se pose: si nous appliquons le critère du lien rationnel à la question de savoir s'il y a eu violation de l'al. 11d), accordons-nous alors une protection adéquate au principe constitutionnel de la présomption d'innocence? Comme le soulignent les professeurs MacKay et Cromwell dans leur article intitulé «Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts» (1983), 32 C.R. (3d) 221, à la p. 233:

[TRADUCTION] Le critère du lien rationnel a pour effet de sanctionner une disposition qui oblige le juge à conclure à l'existence d'un fait qui peut n'avoir qu'un lien rationnel avec le fait établi. Pourquoi s'ensuit-il

tional right to be proved guilty beyond a reasonable doubt?

A basic fact may rationally tend to prove a presumed fact, but not prove its existence beyond a reasonable doubt. An accused person could thereby be convicted despite the presence of a reasonable doubt. This would violate the presumption of innocence.

I should add that this questioning of the constitutionality of the "rational connection test" as a guide to interpreting s. 11(d) does not minimize its importance. The appropriate stage for invoking the rational connection test, however, is under s. 1 of the *Charter*. This consideration did not arise under the *Canadian Bill of Rights* because of the absence of an equivalent to s. 1. At the Court of Appeal level in the present case, Martin J.A. sought to combine the analysis of s. 11(d) and s. 1 to overcome the limitations of the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence. To my mind, it is highly desirable to keep s. 1 and s. 11(d) analytically distinct. Separating the analysis into two components is consistent with the approach this Court has taken to the *Charter* to date (see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357).

To return to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, I am in no doubt whatsoever that it violates s. 11(d) of the *Charter* by requiring the accused to prove on a balance of probabilities that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking. Mr. Oakes is compelled by s. 8 to prove he is not guilty of the offence of trafficking. He is thus denied his right to be presumed innocent and subjected to the potential penalty of life imprisonment unless he can rebut the presumption. This is radically and fundamentally inconsistent with the societal values of human dignity and liberty which

qu'une telle disposition ne porte pas atteinte au droit constitutionnel de voir sa culpabilité prouvée hors de tout doute raisonnable?

Un fait établi peut rationnellement tendre à prouver un fait présumé, sans pour autant en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable. Un accusé pourrait donc être reconnu coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable, ce qui irait à l'encontre de la présomption d'innocence.

Je m'empresse d'ajouter que cette mise en doute de la constitutionnalité du «critère du lien rationnel» comme guide d'interprétation de l'al. 11d) ne diminue en rien l'importance de ce critère. C'est toutefois dans le contexte de l'article premier de la *Charte* qu'il convient d'invoquer le critère du lien rationnel. Or, cette question ne s'est pas présentée sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits* parce que celle-ci ne contient pas de disposition équivalant à l'article premier. En Cour d'appel en l'espèce, le juge Martin a cherché à combiner l'analyse de l'al. 11d) et celle de l'article premier en vue de surmonter les limites de la jurisprudence portant sur la *Déclaration canadienne des droits*. À mon sens, il est très souhaitable qu'à des fins d'analyse l'article premier et l'al. 11d) restent distincts. Ce partage de l'analyse en deux composantes est compatible avec la façon dont cette Cour a abordé la *Charte* jusqu'à présent (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357).

Revenons à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Je n'ai pas le moindre doute que cet article viole l'al. 11d) de la *Charte* en exigeant de l'accusé qu'il établisse selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic. L'article 8 oblige M. Oakes à prouver qu'il n'est pas coupable de l'infraction de trafic. Il se voit ainsi refuser le droit d'être présumé innocent et court en même temps le risque de se voir infliger une peine d'emprisonnement à perpétuité, à moins qu'il ne réussisse à réfuter la présomption. Cela est radicalement et fondamentalement incompatible avec les valeurs sociales de la liberté et de la dignité humaine, que nous faisons nôtres, et va directement à l'encontre de la

we espouse, and is directly contrary to the presumption of innocence enshrined in s. 11(d). Let us turn now to s. 1 of the *Charter*.

V

Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* a Reasonable and Demonstrably Justified Limit Pursuant to s. 1 of the *Charter*?

The Crown submits that even if s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates s. 11(d) of the *Charter*, it can still be upheld as a reasonable limit under s. 1 which, as has been mentioned, provides:

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.

The question whether the limit is “prescribed by law” is not contentious in the present case since s. 8 of the *Narcotic Control Act* is a duly enacted legislative provision. It is, however, necessary to determine if the limit on Mr. Oakes’ right, as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, is “reasonable” and “demonstrably justified in a free and democratic society” for the purpose of s. 1 of the *Charter*, and thereby saved from inconsistency with the Constitution.

It is important to observe at the outset that s. 1 has two functions: first, it constitutionally guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow; and, second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria (outside of s. 33 of the *Constitution Act, 1982*) against which limitations on those rights and freedoms must be measured. Accordingly, any s. 1 inquiry must be premised on an understanding that the impugned limit violates constitutional rights and freedoms—rights and freedoms which are part of the supreme law of Canada. As Wilson J. stated in *Singh v. Minister of Employment and Immigration, supra*, at p. 218: “. . . it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a

présomption d’innocence enchâssée à l’al. 11d). Passons maintenant à l’article premier de la *Charte*.

V

L’article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* constitue-t-il une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer, au sens de l’article premier de la *Charte*?

Le ministère public fait valoir que même à supposer que l’art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevienne à l’al. 11d) de la *Charte*, il peut tout de même être déclaré valide pour le motif qu’il constitue une restriction raisonnable au sens de l’article premier qui, rappelons-le, dispose:

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.

La question de savoir s’il s’agit d’une restriction apportée «par une règle de droit» ne se pose pas en l’espèce puisque l’art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est une disposition législative dûment adoptée. Il est toutefois nécessaire de déterminer si, dans le cas de M. Oakes, la restriction au droit garanti par l’al. 11d) de la *Charte* est «raisonnable» et si sa justification peut «se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique» au sens de l’art. 1 de la *Charte*, de manière à être compatible avec la Constitution.

Il importe de souligner dès l’abord que l’article premier remplit deux fonctions: premièrement, il enchâsse dans la Constitution les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l’art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés. En conséquence, tout examen fondé sur l’article premier doit partir de l’idée que la restriction attaquée porte atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution — des droits et des libertés qui font partie de la loi suprême du Canada. Comme le fait remarquer le juge Wilson dans l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de*

commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of 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: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

The rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are not, however, absolute. It may become necessary to limit rights and freedoms in circumstances where their exercise would be inimical to the realization of collective goals of fundamental importance. For this reason, s. 1 provides criteria of justification for limits on the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. These criteria impose a stringent standard of justification, especially when understood in terms of the two contextual considerations discussed above, namely, the violation of a constitutionally guaranteed right or freedom and the fundamental principles of a free and democratic society.

The onus of proving that a limit on a right or freedom guaranteed by the *Charter* is reasonable and demonstrably justified in a free and democrati-

l'Immigration, précité, à la p. 218: « ... il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de 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: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Toutefois, les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas absolus. Il peut être nécessaire de les restreindre lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants. C'est pourquoi l'article premier prévoit des critères de justification des limites imposées aux droits et libertés garantis par la *Charte*. Ces critères établissent une norme sévère en matière de justification, surtout lorsqu'on les rapproche des deux facteurs contextuels examinés précédemment, savoir la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution et les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique.

La charge de prouver qu'une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut

ic society rests upon the party seeking to uphold the limitation. It is clear from the text of s. 1 that limits on the rights and freedoms enumerated in the *Charter* are exceptions to their general guarantee. The presumption is that the rights and freedoms are guaranteed unless the party invoking s. 1 can bring itself within the exceptional criteria which justify their being limited. This is further substantiated by the use of the word “demonstrably” which clearly indicates that the onus of justification is on the party seeking to limit: *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*.

The standard of proof under s. 1 is the civil standard, namely, proof by a preponderance of probability. The alternative criminal standard, proof beyond a reasonable doubt, would, in my view, be unduly onerous on the party seeking to limit. Concepts such as “reasonableness”, “justifiability” and “free and democratic society” are simply not amenable to such a standard. Nevertheless, the preponderance of probability test must be applied rigorously. Indeed, the phrase “demonstrably justified” in s. 1 of the *Charter* supports this conclusion. Within the broad category of the civil standard, there exist different degrees of probability depending on the nature of the case: see Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), at p. 385. As Lord Denning explained in *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), at p. 459:

The case may be proved by a preponderance of probability, but there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject-matter. A civil court, when considering a charge of fraud, will naturally require a higher degree of probability than that which it would require if considering whether negligence were established. It does not adopt so high a degree as a criminal court, even when it is considering a charge of a criminal nature, but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion.

se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. Il ressort nettement du texte de l'article premier que les restrictions apportées aux droits et libertés énoncés dans la *Charte* constituent des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l'objet. On présume que les droits et libertés sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction. C'est ce que confirme l'emploi de l'expression «puisse se démontrer» qui indique clairement qu'il appartient à la partie qui cherche à apporter la restriction de démontrer qu'elle est justifiée: *Hunter c. Southam Inc.*, précité.

La norme de preuve aux fins de l'article premier est celle qui s'applique en matière civile, savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités. L'autre possibilité, la preuve hors de tout doute raisonnable qui s'applique en matière criminelle, imposerait selon moi une charge trop lourde à la partie qui cherche à apporter la restriction. Des concepts comme «le caractère raisonnable», «le caractère justifiable» et «une société libre et démocratique» ne se prêtent tout simplement pas à l'application d'une telle norme. Néanmoins, le critère de la prépondérance des probabilités doit être appliqué rigoureusement. En fait, l'expression «dont la justification puisse se démontrer», que l'on trouve à l'article premier de la *Charte*, étaye cette conclusion. La norme générale applicable en matière civile comporte différents degrés de probabilité qui varient en fonction de la nature de chaque espèce: voir Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), à la p. 385. Comme l'explique lord Denning dans *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), à la p. 459:

[TRADUCTION] La preuve peut être faite selon la prépondérance des probabilités, mais cette norme peut comporter des degrés de probabilité. Ce degré dépend de l'objet du litige. Une cour civile, saisie d'une accusation de fraude, exigera naturellement un degré de probabilité plus élevé que celui qu'elle exigerait en examinant si la faute a été établie. Elle n'adopte pas une norme aussi sévère que le ferait une cour criminelle, même en examinant une accusation de nature criminelle, mais il reste qu'elle exige un degré de probabilité proportionné aux circonstances.

This passage was cited with approval in *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154, at p. 161. A similar approach was put forward by Cartwright J. in *Smith v. Smith*, [1952] 2 S.C.R. 312, at pp. 331-32:

I wish, however, to emphasize that in every civil action before the tribunal can safely find the affirmative of an issue of fact required to be proved it must be reasonably satisfied, and that whether or not it will be so satisfied must depend on the totality of the circumstances on which its judgment is formed including the gravity of the consequences . . .

Having regard to the fact that s. 1 is being invoked for the purpose of justifying a violation of the constitutional rights and freedoms the *Charter* was designed to protect, a very high degree of probability will be, in the words of Lord Denning, "commensurate with the occasion". Where evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry, and this will generally be the case, it should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit. See: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, *supra*, at p. 384; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, at p. 217. A court will also need to know what alternative measures for implementing the objective were available to the legislators when they made their decisions. I should add, however, that there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substan-

Ce passage a été cité et approuvé dans l'arrêt *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154, à la p. 161. Un point de vue semblable a été exprimé par le juge Cartwright dans l'arrêt *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312, aux pp. 331 et 332:

[TRADUCTION] Je tiens toutefois à souligner que, dans toute action civile, pour pouvoir conclure sans risque à l'exactitude d'une question de fait qui doit être établie, le tribunal doit être convaincu d'une manière raisonnable qui dépendra de l'ensemble des circonstances à partir desquelles il formera son jugement, y compris la gravité des conséquences . . .

Compte tenu du fait que l'article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera, pour reprendre l'expression de lord Denning, «proportionné aux circonstances». Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction. Voir: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précité, à la p. 384; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, à la p. 217. La cour devra aussi connaître les autres moyens dont disposait le législateur, au moment de prendre sa décision, pour réaliser l'objectif en question. Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de

tial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

With respect to the third component, it is clear that the general effect of any measure impugned under s. 1 will be the infringement of a right or freedom guaranteed by the *Charter*; this is the reason why resort to s. 1 is necessary. The inquiry into effects must, however, go further. A wide range of rights and freedoms are guaranteed by the *Charter*, and an almost infinite number of factual situations may arise in respect of these. Some limits on rights and freedoms protected by the *Charter* will be more serious than others in terms of the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and demo-

l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'«une sorte de critère de proportionnalité»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter de moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Quant au troisième élément, il est évident que toute mesure attaquée en vertu de l'article premier aura pour effet général de porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*; d'où la nécessité du recours à l'article premier. L'analyse des effets ne doit toutefois pas s'arrêter là. La *Charte* garantit toute une gamme de droits et de libertés à l'égard desquels un nombre presque infini de situations peuvent se présenter. La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la *Charte* variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et

cratic society. Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Having outlined the general principles of a s. 1 inquiry, we must apply them to s. 8 of the *Narcotic Control Act*. Is the reverse onus provision in s. 8 a reasonable limit on the right to be presumed innocent until proven guilty beyond a reasonable doubt as can be demonstrably justified in a free and democratic society?

The starting point for formulating a response to this question is, as stated above, the nature of Parliament's interest or objective which accounts for the passage of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. According to the Crown, s. 8 of the *Narcotic Control Act* is aimed at curbing drug trafficking by facilitating the conviction of drug traffickers. In my opinion, Parliament's concern that drug trafficking be decreased can be characterized as substantial and pressing. The problem of drug trafficking has been increasing since the 1950's at which time there was already considerable concern. (See *Report of the Special Committee on Traffic in Narcotic Drugs*, Appendix to Debates of the Senate, Canada, Session 1955, pp. 690-700; see also *Final Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs* (Ottawa, 1973).) Throughout this period, numerous measures were adopted by free and democratic societies, at both the international and national levels.

At the international level, on June 23, 1953, the *Protocol for Limiting and Regulating the Cultiva-*

démocratique. Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Ayant exposé les principes généraux qui régissent une analyse en vertu de l'article premier, nous devons maintenant les appliquer à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. La disposition portant inversion de la charge de la preuve qui figure à l'art. 8 apporte-t-elle au droit d'être présumé innocent tant que la culpabilité n'est pas prouvée hors de tout doute raisonnable, une restriction raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Comme je l'ai déjà souligné, pour répondre à cette question, il faut commencer par préciser la nature de l'intérêt ou de l'objectif poursuivi par le législateur en adoptant l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Selon le ministère public, l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* vise à refréner le trafic des stupéfiants en facilitant l'obtention d'un verdict de culpabilité contre les trafiquants. À mon avis, le souci du législateur de réduire le trafic des stupéfiants peut être qualifié de réel et urgent. Le problème du trafic des stupéfiants n'a cessé de s'aggraver depuis les années cinquante, et déjà à cette époque ce phénomène suscitait beaucoup d'inquiétude. (Voir *Rapport du Comité spécial chargé d'enquêter sur le trafic des stupéfiants*, appendice aux Débats du Sénat du Canada, session 1955, aux pp. 736 à 747; voir aussi *Rapport final, Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales* (Ottawa, 1973).) Pendant toute cette période, des sociétés libres et démocratiques ont adopté de nombreuses mesures tant sur le plan national que sur le plan international.

Sur le plan international, le *Protocole visant à limiter et à réglementer la culture du pavot*, ainsi

tion of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and Use of Opium, to which Canada is a signatory, was adopted by the United Nations Opium Conference held in New York. The *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, was acceded to in New York on March 30, 1961. This treaty was signed by Canada on March 30, 1961. It entered into force on December 13, 1964. As stated in the Preamble, "addiction to narcotic drugs constitutes a serious evil for the individual and is fraught with social and economic danger to mankind, . . ."

At the national level, statutory provisions have been enacted by numerous countries which, *inter alia*, attempt to deter drug trafficking by imposing criminal sanctions (see, for example, *Misuse of Drugs Act 1975, 1975 (N.Z.)*, No. 116; *Misuse of Drugs Act 1971, 1971 (U.K.)*, c. 38).

The objective of protecting our society from the grave ills associated with drug trafficking, is, in my view, one of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom in certain cases. Moreover, the degree of seriousness of drug trafficking makes its acknowledgement as a sufficiently important objective for the purposes of s. 1, to a large extent, self-evident. The first criterion of a s. 1 inquiry, therefore, has been satisfied by the Crown.

The next stage of inquiry is a consideration of the means chosen by Parliament to achieve its objective. The means must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. As outlined above, this proportionality test should begin with a consideration of the rationality of the provision: is the reverse onus clause in s. 8 rationally related to the objective of curbing drug trafficking? At a minimum, this requires that s. 8 be internally rational; there must be a rational connection between the basic fact of possession and the presumed fact of possession for the purpose of trafficking. Otherwise, the reverse onus clause could give rise to unjustified and erroneous

que la production, le commerce international, le commerce de gros et l'emploi de l'opium, dont le Canada est signataire, a été adopté le 23 juin 1953 dans le cadre de la Conférence des Nations unies sur l'opium tenue à New York. La *Convention unique sur les stupéfiants de 1961* a été conclue à New York le 30 mars 1961. Signé par le Canada le même jour, ce traité est entré en vigueur le 13 décembre 1964. Comme on le dit dans le préambule, «la toxicomanie est un fléau pour l'individu et constitue un danger économique et social pour l'humanité . . .»

Sur le plan national, de nombreux pays ont adopté des dispositions législatives visant notamment, par l'imposition de sanctions pénales, à empêcher le trafic des stupéfiants (voir, par exemple, la *Misuse of Drugs Act 1975, 1975 (N.Z.)*, n° 116; la *Misuse of Drugs Act 1971, 1971 (U.K.)*, chap. 38).

L'objectif de protection de notre société contre les fléaux liés au trafic des stupéfiants est, selon moi, suffisamment important pour justifier dans certains cas l'atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution. De plus, la gravité du trafic des stupéfiants fait qu'il va presque sans dire que sa répression constitue un objectif suffisamment important aux fins de l'article premier. Le ministère public a donc satisfait au premier critère applicable à une analyse en vertu de l'article premier.

L'étape suivante de l'analyse consiste à examiner le moyen choisi par le législateur pour atteindre son objectif. Ce moyen doit être raisonnable et sa justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Soulignons encore une fois que l'application de ce critère de proportionnalité doit commencer par un examen de la rationalité de la disposition: existe-t-il un lien rationnel entre la disposition de l'art. 8 portant inversion de la charge de la preuve et l'objectif consistant à refréner le trafic des stupéfiants? Cela nécessite tout au moins que l'art. 8 soit lui-même rationnel. Il doit exister un lien rationnel entre le fait établi de la possession et le fait présumé de la possession à des fins de trafic, sinon la disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait avoir pour conséquence que

convictions for drug trafficking of persons guilty only of possession of narcotics.

In my view, s. 8 does not survive this rational connection test. As Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal concluded, possession of a small or negligible quantity of narcotics does not support the inference of trafficking. In other words, it would be irrational to infer that a person had an intent to traffic on the basis of his or her possession of a very small quantity of narcotics. The presumption required under s. 8 of the *Narcotic Control Act* is overinclusive and could lead to results in certain cases which would defy both rationality and fairness. In light of the seriousness of the offence in question, which carries with it the possibility of imprisonment for life, I am further convinced that the first component of the proportionality test has not been satisfied by the Crown.

Having concluded that s. 8 does not satisfy this first component of proportionality, it is unnecessary to consider the other two components.

VI

Conclusion

The Ontario Court of Appeal was correct in holding that s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is therefore of no force or effect. Section 8 imposes a limit on the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* which is not reasonable and is not demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1. Accordingly, the constitutional question is answered as follows:

Question:

Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thus of no force and effect?

Answer: Yes.

I would, therefore, dismiss the appeal.

des personnes coupables de simple possession de stupéfiants soient erronément et sans justification déclarées coupables de trafic.

^a Selon moi, l'art. 8 ne satisfait pas au critère du lien rationnel. Comme l'a conclu le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario, la possession d'une quantité infime ou négligeable de stupéfiants ne justifie pas une conclusion de trafic. En d'autres termes, il serait irrationnel de déduire qu'une personne avait l'intention de faire le trafic du seul fait qu'elle était en possession d'une petite quantité de stupéfiants. La présomption requise en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est trop large et est susceptible dans certains cas d'entraîner des résultats à la fois irrationnels et inéquitable. Compte tenu de la gravité de l'infraction en question, qui comporte la possibilité d'un emprisonnement à perpétuité, je suis d'autant plus persuadé que le ministère public n'a pas satisfait au premier élément du critère de proportionnalité.

^e Ayant conclu que l'art. 8 ne satisfait pas à ce premier élément de proportionnalité, il n'est pas nécessaire d'examiner les deux autres éléments.

VI

Conclusion

^f C'est à bon droit que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il est par conséquent inopérant. L'article 8 apporte au droit garanti par l'al. 11(d) de la *Charte* une restriction qui n'est pas raisonnable et dont la justification ne peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier. Par conséquent, la question constitutionnelle reçoit la réponse suivante:

Question:

ⁱ L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est-il incompatible avec l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérant?

Réponse: Oui.

^j Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The reasons of Estey and McIntyre JJ. were delivered by

ESTEY J.—I would dismiss this appeal. I agree with the conclusions of the Chief Justice with reference to the relationship between s. 11(d) and s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For the disposition of all other issues arising in this appeal, I would adopt the reasons given by Martin J.A. in the court below.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Cockburn, Foster, Cudmore and Kitely, London.

Version française des motifs des juges Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE ESTEY — Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi. Je suis d'accord avec les conclusions du Juge en chef quant au lien entre l'al. 11d) et l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce qui est de statuer sur toutes les autres questions que soulève le présent pourvoi, je suis d'avis d'adopter les motifs du juge Martin de la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Cockburn, Foster, Cudmore and Kitely, London.

Sherry Ann Cook *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 18703.

1986: February 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Hearsay — Exclusionary rules — Conspiracy — Evidence of statements forming the agreement of conspiracy admissible.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1984), 39 C.R. (3d) 300, allowing an appeal by the Crown from the accused's acquittal on a charge of conspiracy to commit robbery. Appeal dismissed.

R. Raczkowski, for the appellant.

H. Campbell, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to hear from you Mr. Campbell. We are all of the view that this appeal must fail for the reasons given by Martin J.A. in the Court of Appeal for Ontario. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Richard Raczkowski.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario.

Sherry Ann Cook *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° de greffe: 18703.

1986: 28 février.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

^c *Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Règles d'exclusion — Complot — Admissibilité de la preuve de déclarations relatives à l'entente en vue du complot.*

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1984), 39 C.R. (3d) 300, qui a accueilli un appel de la poursuite à l'encontre de l'acquittement de l'accusée relativement à une accusation de complot en vue de commettre un vol qualifié. Pourvoi rejeté.

^e *R. Raczkowski*, pour l'appelante.

H. Campbell, pour l'intimée.

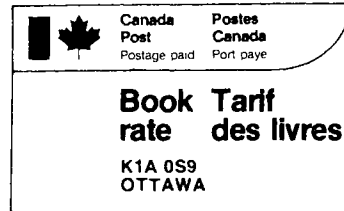
Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

^f LE JUGE EN CHEF—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Campbell. Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit échouer pour les motifs donnés par le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario. Le pourvoi est rejeté.

^g *Jugement en conséquence.*

Procureur de l'appelante: Richard Raczkowski.

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



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1986 Vol. 1

2^e cahier, 1986 Vol. 1

Cited as [1986] 1 S.C.R. 145-283

Renvoi [1986] 1 R.C.S. 145-283

Published pursuant to the Supreme Court Act by

GUY Y. GOULARD

The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief

ANNE ROLAND, L.L.L.

Editors

ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.

CLAUDE MARQUIS, L.L.L., D.D.N.

Revisor

RICHARD BERBERI

Supervisor, Editorial Services

GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants

MADO MAINVILLE-CÔTÉ

BARBARA LONG

MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1986.

CONTENTS

B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd. 228

Torts — Negligence — Duty of care — Remoteness — Courier failing to deliver envelope on time for land closing — Courier unaware of envelope's content or of reason for haste — Contract with third party tied to timely closing — Contract terminated — Economic loss suffered — Whether courier owed duty of care to prevent resultant economic loss — Whether loss reasonably considered as arising from courier's failure to deliver on time.

Bell Canada v. Consumers' Association of Canada et al. . 190

Taxation — Costs — CRTC rate hearing — Commission empowered to award costs in any proceedings — Costs awarded to interveners — Question whether costs actually incurred by interveners — Whether or not Commission bound by principle of indemnification in award of costs as applied by courts — National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, ss. 64(2), 73 — Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 2(1) — CRTC Telecommunications Rules of Procedure, SOR/79-554, s. 44(1), (6).

Daoust v. The Queen 248

Criminal law — Trial without jury — Accused convicted of attempted murder — Conviction affirmed by Court of Appeal majority — Possibility that a majority judge thought trial was with jury — Appeal *de novo* directed.

Di Pietro et al. v. The Queen 250

Criminal law — Gaming and betting — Charge of keeping a common gaming house — Offence not proven — Element of

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

GUY Y. GOULARD

Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef

ANNE ROLAND, L.L.L.

Arrêtistes

ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.

CLAUDE MARQUIS, L.L.L., D.D.N.

Réviseur

RICHARD BERBERI

Superviseur, Service de l'édition

GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition

MADO MAINVILLE-CÔTÉ

BARBARA LONG

MICHELINE ROCHON

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, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1986.

SOMMAIRE

B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd. 228

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Le service de messageries n'a pas livré une enveloppe à temps pour permettre de conclure la cession d'un terrain — Le service de messageries ne connaissait ni le contenu de l'enveloppe ni la raison de l'urgence — Le contrat avec le tiers était assujéti au respect du délai imparti — Contrat résilié — Préjudice financier subi — Le service de messageries avait-il une obligation de diligence pour empêcher le préjudice financier? — Le préjudice peut-il être raisonnablement considéré comme découlant du défaut du service de messageries d'effectuer la livraison à temps?

Bell Canada c. Association des consommateurs du Canada et autres 190

Taxation — Dépens — Audience du CRTC portant sur les tarifs — Pouvoir du Conseil d'adjudger des frais dans toute procédure — Frais adjugés aux intervenants — Des frais ont-ils été effectivement engagés par les intervenants? — Le Conseil est-il lié par le principe d'indemnisation appliqué dans l'adjudication des frais par les tribunaux? — Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17, art. 64(2), 73 — Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 2(1) — Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications, DORS/79-554, art. 44(1), (6).

Daoust c. La Reine 248

Droit criminel — Procès sans jury — Accusé reconnu coupable de tentative de meurtre — Déclaration de culpabilité confirmée majoritairement par la Cour d'appel — Possibilité qu'un juge de la majorité se soit cru en présence d'un procès avec jury — Appel *de novo* ordonné.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

wagering absent — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 179(1), 185, 188(1)(b).

Gagnon v. The Queen 264

Taxation — Income tax — Computation of income — Deductions — Allowances payable on a periodic basis — Monthly payments to former wife to repay charges affecting her property — Whether these payments made pursuant to a judgment deductible — Definition of “allowance” in s. 60(b) of Income Tax Act — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 60(b).

R. v. Landry 145

Criminal law — Arrest without warrant — Spatial limits — Private home — Extent of police power to effect arrest without warrant in private home — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 450(1)(a).

R. v. Valois 278

Criminal law — Forgery and similar offences — Uttering forged document — Charges not proven — Fictitious bills for fees not used as genuine documents — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 324(1), 326.

The Queen v. Golden et al. 209

Taxation — Income tax — Computation of income — Sale of land and buildings — Parties’ allocation of price between depreciable and non-depreciable property reassessed by Minister of National Revenue pursuant to s. 68 of the Income Tax Act — Whether the Minister’s power under s. 68 applicable to such transaction — Whether parties’ allocation of purchase price reasonable — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 68.

SOMMAIRE (Fin)

Di Pietro et autre c. La Reine 250

Droit criminel — Jeux et paris — Accusation d’avoir tenu une maison de jeu — Infraction non prouvée — Absence de gageure — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 179(1), 185, 188(1)(b).

Gagnon c. La Reine 264

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Allocations payables périodiquement — Paiements mensuels versés à l’ex-épouse pour le remboursement des charges affectant son immeuble — Ces paiements faits en vertu d’un jugement sont-ils déductibles? — Définition du terme «allocation» à l’al. 60b) de la Loi de l’impôt sur le revenu — Loi de l’impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 60b).

La Reine c. Golden et autres 209

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Vente d’un terrain et de bâtiments — Répartition du prix établie par les parties entre les biens amortissables et les biens non amortissables modifiée par le ministre du Revenu national en vertu de l’art. 68 de la Loi de l’impôt sur le revenu — Le pouvoir conféré au Ministre par l’art. 68 est-il applicable à cette opération? — La répartition du prix d’achat établie par les parties est-elle raisonnable? — Loi de l’impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 68.

R. c. Landry 145

Droit criminel — Arrestation sans mandat — Limites dans l’espace — Maison privée — Étendue du pouvoir de la police pour procéder à une arrestation sans mandat dans une maison privée — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 450(1)a).

R. c. Valois 278

Droit criminel — Faux et infractions similaires — Emploi d’un document contrefait — Infractions non prouvées — Comptes d’honoraires fictifs non utilisés comme documents authentiques — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 324(1), 326.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Paul Landry *Respondent*.

File No.: 16848.

1985: March 15; 1986: February 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Arrest without warrant — Spatial limits — Private home — Extent of police power to effect arrest without warrant in private home — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 450(1)(a).

A transit inspector saw two youths in a shopping centre parking lot opening the driver's door of a truck and trying the doors of cars. He called the police, gave them a description, and advised that they had entered an apartment building. Two young men fitting the description were seen by a constable through an apartment window. The constable stood at the doorway of the apartment and subsequently tried to effect an arrest inside the apartment in relation to an attempted car theft. An altercation occurred giving rise to a charge of assaulting a police officer in the execution of his duty contrary to s. 246(1) of the *Criminal Code*. Respondent was acquitted, on a directed verdict subsequently upheld by a majority of the Ontario Court of Appeal because the arrest was found to be unlawful. At issue was whether a peace officer, acting pursuant to s. 450(1)(a) of the *Criminal Code*, can lawfully arrest a person on private premises.

Held (La Forest J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Chouinard, Lamer and Wilson JJ.: If the criteria of s. 450(1) of the *Criminal Code* and the standards enunciated in *Eccles v. Bourque* are met, a police officer can make an arrest on private premises without a warrant in the execution of his duty for the purposes of s. 450(1)(a).

Section 450(1) of the *Criminal Code* does not alter the common law principles with respect to spatial limits

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Paul Landry *Intimé*.

N° du greffe: 16848.

1985: 15 mars; 1986: 28 février.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Droit criminel — Arrestation sans mandat — Limites dans l'espace — Maison privée — Étendue du pouvoir de la police pour procéder à une arrestation sans mandat dans une maison privée — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 450(1)a.

Un inspecteur du transport en commun a vu dans le terrain de stationnement d'un centre commercial deux adolescents ouvrir la porte gauche d'un camion et tenter d'ouvrir les portes de voitures. Ayant appelé la police, il a donné aux policiers le signalement des adolescents et les a informés que ces derniers étaient entrés dans un immeuble d'appartements. Un policier a vu par la fenêtre d'un appartement deux jeunes hommes répondant au signalement. Le policier s'est présenté à la porte de l'appartement et a alors essayé d'effectuer une arrestation à l'intérieur de l'appartement relativement à une tentative de vol d'automobile. Il y a eu une bagarre qui a donné lieu à une accusation d'avoir, contrairement au par. 246(1) du *Code criminel*, exercé des voies de fait contre un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions. Le verdict imposé d'acquiescement rendu contre l'intimé au procès a par la suite été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité parce que l'arrestation a été jugée illégale. La question en litige est de savoir si l'al. 450(1)a du *Code criminel* autorise un agent de la paix à arrêter une personne dans des lieux privés.

Arrêt (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Chouinard, Lamer et Wilson: À condition de satisfaire aux critères énoncés au par. 450(1) du *Code criminel* et aux exigences posées dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, un policier peut dans l'exercice de ses fonctions en vertu de l'al. 450(1)a procéder à une arrestation sans mandat dans des locaux privés.

Le paragraphe 450(1) du *Code criminel* n'a pas pour effet de modifier les principes de *common law* relatifs

on arrest without a warrant and the silence of the *Code* requires that the common law apply. *Eccles v. Bourque* was not a case restricted to situations where a warrant, albeit unendorsed, existed, but rather dealt with the power of the police to arrest without warrant in private premises. The present case falls to be decided by application of *Eccles v. Bourque*, just as *Eccles v. Bourque*, on the view of the Court at that time, fell within the four corners of the old common law authorities. The policy underlying the cases, both older and more recent, is clear and compelling: there should be no place which gives an offender sanctuary from arrest. Although the *Criminal Code* provides for warrants for the search of things, it does not provide for the search of persons. Absent the power of police to arrest on private premises, a criminal offender might therefore find complete and permanent protection from the law in a private home.

Parliament took for granted the common law power of forcible entry to effect an arrest. While the courts can decline to confer new common law powers intruding on civil liberties—and this Court has been cautious in conferring those powers—it is quite another thing for the Court to abrogate powers recognized by the courts, particularly when those powers descend from entrenched authorities of the 17th century.

The right of entry to search for an offender is not unrestricted. This Court held in *Eccles v. Bourque* that entry could only be made against the will of a householder if: (1) there were reasonable and probable grounds for the belief that the person sought was within the premises, and (2) if proper announcement was made prior to entry. Proper announcement would ordinarily entail the police giving (i) notice of presence, (ii) notice of authority by identifying themselves as police officers, and (iii) notice of purpose by stating lawful reasons for entry. These requirements minimize the invasiveness of arrest in a dwelling and permit the offender to maintain his dignity and privacy by walking to the doorway and surrendering himself.

There is good reason to stand by the common law authorities in lieu of adopting a new rule requiring the police to obtain an arrest warrant in order to make an arrest in residential premises. If a police officer is forced to obtain an arrest warrant before entering a residence, he will first have to attempt to obtain the name of the

aux limites dans l'espace imposées au pouvoir d'arrestation sans mandat et le mutisme du *Code* sur cette question exige l'application de la *common law*. L'application de l'arrêt *Eccles c. Bourque* n'est pas limitée à des situations où il y a un mandat, même non visé. Au contraire, il porte sur le pouvoir de la police d'effectuer une arrestation sans mandat dans des lieux privés. La présente affaire doit être décidée par application de l'arrêt *Eccles c. Bourque*, tout comme *Eccles c. Bourque*, selon l'opinion de la Cour à l'époque, relevait carrément des arrêts de principe de la *common law* ancienne. La politique qui sous-tend la jurisprudence, qu'elle soit ancienne ou plus récente, est à la fois claire et impérieuse: les contrevenants ne devraient être nulle part à l'abri de l'arrestation. Bien que le *Code criminel* prévoie des mandats autorisant à rechercher des choses, il n'en fait pas autant dans le cas des personnes. Si la police n'était pas investie du pouvoir de procéder à des arrestations dans des lieux privés, un contrevenant pourrait bénéficier d'une protection absolue et permanente contre la loi dans une maison privée.

Le Parlement a tenu pour acquis que la *common law* confère un pouvoir de s'introduire dans des lieux par la force pour procéder à une arrestation. Bien que les tribunaux puissent refuser de conférer de nouveaux pouvoirs de *common law* qui portent atteinte à des libertés civiles—et cette Cour s'est montrée réticente à conférer de tels pouvoirs—la suppression de pouvoirs déjà reconnus par les tribunaux est une toute autre chose, surtout lorsque ces pouvoirs sont consacrés par une jurisprudence qui remonte au XVII^e siècle.

Le droit d'entrer pour rechercher un contrevenant n'est pas illimité. La Cour a établi dans l'arrêt *Eccles c. Bourque* qu'on ne peut pénétrer dans une maison contre la volonté de l'occupant que: (1) s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est sur les lieux, et (2) si une annonce régulière a été faite avant d'entrer. Pour qu'il y ait une annonce régulière, il faut normalement que les policiers donnent (i) avis de leur présence, (ii) avis de leur autorité en s'identifiant comme des policiers, et (iii) avis du but de leur visite, en déclarant un motif légitime d'entrer. Ces exigences minimisent l'empiètement que constitue l'arrestation dans un domicile et permet au contrevenant de conserver sa dignité et sa vie privée en répondant à la porte et en se rendant.

Il y a une bonne raison de s'en tenir à cette jurisprudence au lieu d'adopter une nouvelle règle qui impose à la police d'obtenir un mandat d'arrestation pour effectuer une arrestation dans des locaux résidentiels. Si un policier est obligé d'obtenir un mandat d'arrestation avant de pénétrer dans une résidence, il devra d'abord

offender from the neighbours. In many cases the neighbours will be unable to supply this information. Even if he obtains the offender's name, the police officer will then have to seek a justice of the peace to execute a warrant. Valuable time—and probably the offender—will be lost.

The specific concerns relating to arrests within a dwelling are met as fully as they can be, without unduly impinging an effective crime control, by the special requirements imposed on peace officers who must make arrests in a house or apartment.

An affirmative answer to all of the following questions means the arrest is lawful:

- (1) Is the offence in question indictable?
- (2) Has the person who is the subject of arrest committed the offence or does the peace officer believe on reasonable and probable grounds that that person has committed or is about to commit the offence in question?
- (3) Are there reasonable and probable grounds for belief that the person sought is within the premises?
- (4) Was proper announcement made before entry?

This case arose before the *Charter* was in effect. Furthermore, no determination was made on the nature and scope of the spatial limits of arrest without warrant under any section or subsection other than s. 450(1)(a) of the *Criminal Code*.

Per Beetz, Estey and McIntyre JJ.: The ancient principle in *Semayne's Case*, "That the house of every one is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose", must yield to the legitimate requirements of law enforcement. *Eccles v. Bourque* established that a peace officer has authority at common law to enter private premises to effect an arrest without warrant pursuant to s. 450(1)(a) of the *Criminal Code*. The Court required that the peace officer must have reasonable and probable grounds to believe that an indictable offence has been or is about to be committed and that the person sought is on the private premises, and must make a proper announcement of his presence and purpose before entering.

Per Le Dain J.: The authority of a police officer to enter private premises without the consent of the occupant in order to effect an arrest without warrant was affirmed, with the conditions on which it may be exercised, in *Eccles v. Bourque* and there are sound reasons

essayer d'obtenir le nom du contrevenant des voisins. Le plus souvent, les voisins seront incapables de fournir ce renseignement. Même si le policier obtient le nom du contrevenant, il faudra qu'il trouve un juge de paix pour signer le mandat d'arrestation. Un temps précieux—et probablement le contrevenant—seront perdus.

On répond aussi totalement que possible aux inquiétudes précises relatives aux arrestations dans un domicile, sans indûment toucher à la lutte efficace contre la criminalité, par les obligations spéciales imposées aux agents de la paix qui doivent procéder aux arrestations dans une maison ou un appartement.

Si on peut répondre par l'affirmative à chacune des questions suivantes, l'arrestation est légale:

- (1) S'agit-il d'un acte criminel?
- (2) La personne arrêtée a-t-elle commis l'infraction en question ou l'agent de la paix a-t-il des motifs raisonnables et probables de croire que cette personne a commis ou est sur le point de commettre ladite infraction?
- (3) Y a-t-il des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée se trouve dans les lieux?
- (4) Un avis régulier a-t-il été donné avant d'entrer?

La présente affaire a pris naissance antérieurement à l'entrée en vigueur de la *Charte*. En outre, on ne se prononce pas sur la nature et la portée des limites dans l'espace imposées au pouvoir d'arrêter sans mandat en vertu d'articles ou paragraphes autres que l'al. 450(1)a) du *Code criminel*.

Les juges Beetz, Estey et McIntyre: Le principe ancien posé dans l'arrêt *Semayne*, selon lequel [TRADUCTION] «la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse, tant pour se défendre contre l'injure et la violence que pour son repos» doit céder le pas aux exigences légitimes de l'application de la loi. L'arrêt *Eccles c. Bourque* affirme qu'un agent de la paix a le pouvoir, en *common law*, d'entrer dans des lieux privés pour procéder à une arrestation sans mandat en vertu de l'al. 450(1)a) du *Code criminel*. La Cour a exigé d'abord que l'agent de la paix ait des motifs raisonnables et probables de croire qu'un acte criminel a été commis ou est sur le point de l'être et que la personne recherchée se trouve sur les lieux et, en second lieu, qu'il fasse une annonce en règle de sa présence et de son but avant d'entrer.

Le juge Le Dain: Le pouvoir d'un agent de police de pénétrer dans des lieux privés sans le consentement de l'occupant pour procéder à une arrestation sans mandat a été confirmé, avec les conditions d'exercice, dans l'arrêt *Eccles c. Bourque* et il y a de solides raisons de

for adhering to that decision. Notwithstanding concurrence with Dickson C.J., the distinction drawn by him with reference to the judgments of the majority in *Wiretap Reference*, *Lyons v. The Queen* and *Dedman v. The Queen*, was not necessarily subscribed to.

Per La Forest J., *dissenting*: The principle that a man's home is his castle along with the demonstrably justifiable exceptions developed under the old common law have constituted an excellent balance between the security and privacy of the individual and the needs of law enforcement since their enunciation in *Semayne's Case*. If Parliament finds it necessary to adjust the balance, it can do so. It is in a far better position to provide for the precise balance than the courts.

At common law, the better view has been until recently that entry into private dwellings without a warrant was not permitted to effect an arrest apart from hot pursuit and some narrow exceptions to prevent the commission of an offence. Although the police power was extended to include going on private property, other than dwellings, in the exercise of their duty to preserve the peace and to conduct investigations into crimes, no significant change in the common law right of a policeman to enter a home took place until *Eccles v. Bourque*.

Eccles v. Bourque constituted an extension of the law by ignoring some of the requirements for the arrest of a person against whom a warrant has been issued. But these in the context may have been looked upon by the Court as technical omissions. *Eccles v. Bourque* simply gave a restricted power to police officers to enter a person's home when they reasonably believe a person for whom a warrant of arrest has been issued is there. It should not be broadly interpreted so as to authorize entry into a dwelling whenever the police believe on reasonable grounds that a person has committed an offence and that he is in that dwelling. They should obtain a warrant to permit them to do so.

Apart from flagrant abuses, the courts cannot exercise much control over police discretion to arrest. So far as arrests in public places are concerned, the police' job of maintaining the peace and enforcing the criminal law is difficult enough without fearing about being regularly "second guessed" about every mistake of judgment.

principe pour adhérer à cette décision. On ne doit pas conclure de l'accord avec le juge en chef Dickson qu'il porte nécessairement sur la distinction qu'il a faite à propos des motifs majoritaires dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, *Lyons c. La Reine* et *Dedman c. La Reine*.

Le juge La Forest, *dissident*: Le principe selon lequel la maison de chacun est son château et les exceptions établies par l'ancienne *common law* et dont la justification peut se démontrer, constituent, depuis leur formulation dans l'arrêt *Semayne*, un excellent équilibre entre la sécurité de la personne et son droit à la vie privée et les nécessités de l'application de la loi. Si le législateur estime nécessaire de modifier cet équilibre, il peut le faire. Il est en fait beaucoup plus en mesure que les tribunaux de réaliser cet équilibre.

Il est assez clair que, jusqu'à ces derniers temps, la *common law* ne permettait pas d'entrer dans une habitation privée sans mandat pour y procéder à une arrestation, sauf si on était aux trousses d'un contrevenant et dans le cas de certaines exceptions de portée restreinte visant à empêcher la perpétration d'une infraction. Bien que le pouvoir des policiers ait été étendu de manière à leur permettre de pénétrer sur une propriété privée autre qu'une habitation dans l'accomplissement de leur obligation de préserver la paix et de procéder à des enquêtes à propos de crimes, jusqu'à l'arrêt *Eccles c. Bourque* il ne s'est pas produit de changement important du droit en *common law* pour un policier de pénétrer dans une habitation.

L'arrêt *Eccles c. Bourque* constitue une extension de la portée du droit en ne tenant pas compte de certaines des conditions requises pour l'arrestation d'une personne contre laquelle un mandat a été lancé. Mais la Cour peut avoir considéré ces omissions, étant donné le contexte, comme des omissions de forme. *Eccles c. Bourque* accorde simplement aux policiers un pouvoir restreint de pénétrer chez quelqu'un lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrestation s'y trouve. L'arrêt ne doit pas être interprété libéralement de manière à permettre aux policiers de pénétrer chez quelqu'un chaque fois qu'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction et qu'elle se trouve dans cette maison. Ils doivent obtenir un mandat pour leur permettre de le faire.

Sauf en cas d'abus flagrant, les tribunaux ne peuvent pas vraiment exercer une surveillance efficace sur l'usage du pouvoir discrétionnaire des policiers de procéder à des arrestations. Pour autant qu'il s'agit d'arrestations faites dans des endroits publics, le travail des policiers qui consiste à maintenir la paix et à appliquer

Apart from the compelling exceptions allowed by the common law, it is not reasonable for a policeman to be permitted to enter a private home without consent unless he has a warrant authorizing him to do so. Invasion of a person's home, in circumstances like these, is too high a price to pay to prevent the possible escape of some criminals, especially for non-violent crimes.

Allowing arrest without warrant on private premises has serious disadvantages: not only is the owner's security and privacy invaded, violence can result. Again notwithstanding reasonable and probable belief on the part of police that an offence has occurred, no offence may have been committed at all. Since it is essential for police to have the support of the community, it would be unwise to place them in a situation where they are called upon to breach the sanctity of the home in such circumstances. Moreover, the grant of such a vague discretion is more likely to be used against the economically or socially disadvantaged.

The grant of wide, vague and virtually uncontrollable discretion to the police here would create a greater danger to the sanctity of the home than the danger that criminals would otherwise escape. It would amount to giving the police an almost unfettered discretion to break into a home by day or night whenever they seriously suspect an indictable offence has been committed and that the perpetrator is there. It is highly unlikely that a house would become a permanent sanctuary for a criminal because of the want of search warrants for persons, as opposed to things. Parliament, however, can provide for search warrants for people if it thinks this desirable. Finally, good police work can easily overcome resultant problems in most cases. It is doubtful that law enforcement has suffered because the police have not been authorized, the narrow common law exceptions apart, to enter a private home. On the other hand, on the basis of limited experience with entries into homes without warrant, mistakes are inevitable.

The police need the clearest possible rules in situations like the present. The current rule is clear: absent well recognized and widely supported exceptions, the

le droit criminel est déjà assez difficile sans qu'ils craignent que chaque erreur de jugement commise soit régulièrement repensée. À part les exceptions péremptories permises par la *common law*, il n'est pas raisonnable de permettre à un policier de pénétrer dans une maison privée sans le consentement de l'occupant, à moins qu'il n'ait un mandat qui l'autorise à le faire. L'intrusion chez quelqu'un, dans des circonstances comme celles-ci, constitue un prix trop élevé à payer pour prévenir la fuite possible de certains criminels, spécialement dans le cas de crimes non violents.

Permettre qu'on procède à une arrestation sans mandat dans des lieux privés a de graves désavantages: non seulement il y a atteinte à la sécurité et à la vie privée du propriétaire, mais cela peut mener à la violence. En effet, bien que les policiers aient des motifs raisonnables et probables de croire qu'il y a eu une infraction, il peut ne pas y avoir d'infraction du tout. Puisqu'il est essentiel que la police ait l'appui de la société, il n'est pas sage de placer les policiers dans des situations où ils seront appelés à violer le caractère sacré du foyer dans ces circonstances. De plus, il est plus probable qu'un pouvoir discrétionnaire aussi vague s'exercera contre les défavorisés ou les moins bien nantis.

Le pouvoir discrétionnaire étendu, vague et pratiquement incontrôlable que l'on accorderait à la police en l'espèce créerait un danger plus grand pour le caractère sacré du foyer que celui de voir, dans le cas contraire, des criminels s'enfuir. Cela équivaudrait à accorder aux policiers un pouvoir discrétionnaire presque illimité de pénétrer par effraction dans une maison privée de jour ou de nuit chaque fois qu'ils croient sérieusement qu'un acte criminel a été commis et que son auteur s'y trouve. Il est fort improbable que, du fait qu'il n'existe pas de mandat de perquisition à l'égard des personnes comme il y en a à l'égard des choses, une maison devienne un refuge permanent pour un criminel. Toutefois, le législateur peut pourvoir à la création d'un mandat de perquisition à l'égard des personnes s'il le juge approprié. Enfin, de bonnes méthodes policières peuvent facilement passer par-dessus les difficultés qui en découlent dans la plupart des cas. Il est douteux que l'application de la loi a été entravée parce que les policiers ne pouvaient pas pénétrer dans une maison privée dans des cas autres que les exceptions spécifiques prévues par la *common law*. D'autre part, l'expérience limitée des entrées dans des domiciles faites sans mandat démontre qu'il se produit inévitablement des erreurs.

Dans des situations comme celle-ci, les policiers ont besoin de règles aussi claires que possible. À l'heure actuelle la règle est claire: hormis les exceptions large-

police may not enter private homes. Their authority ends at the door.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Eccles v. Bourque, [1975] 2 S.C.R. 739, applied; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, considered; *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753; *Finnigan v. Sandiford*, [1981] 2 All E.R. 267, distinguished; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, referred to.

By Estey J.

Eccles v. Bourque, [1975] 2 S.C.R. 739; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, applied; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, referred to.

By Le Dain J.

Eccles v. Bourque, [1975] 2 S.C.R. 739, applied; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, referred to.

By La Forest J. (*dissenting*)

Semayne's Case (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980); *Davis v. Russell* (1829), 5 Bing. 355, 130 E.R. 1098; *Thomas v. Sawkins*, [1935] 2 K.B. 249; *Swales v. Cox*, [1981] 1 All E.R. 1115; *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Custer*, [1984] 4 W.W.R. 133; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753; *Finnigan v. Sandiford*, [1981] 2 All E.R. 267.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 105(1), 246(1), 450(1)(a), (b), (c), (2)(a), 461.
Criminal Law Act 1967, 1967 (U.K.), c. 58, s. 2(4), (6).
Road Traffic Act 1972, 1972 (U.K.), c. 20.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, "Process".
Canada. Law Reform Commission of Canada. *Arrest* (Working Paper 41), Ottawa, Law Reform Commis-

ment reconnues, les policiers ne peuvent pénétrer dans des maisons privées et leur pouvoir s'arrête à la porte.

Jurisprudence

^a Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt appliqué: *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; arrêts examinés: *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; distinction d'avec les arrêts: *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753; *Finnigan v. Sandiford*, [1981] 2 All E.R. 267; arrêts mentionnés: *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2.

^c Citée par le juge Estey

Arrêts appliqués: *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; arrêt mentionné: *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194.

Citée par le juge Le Dain

Arrêt appliqué: *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; arrêts mentionnés: *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2.

Citée par le juge La Forest (*dissident*)

Semayne's Case (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980); *Davis v. Russell* (1829), 5 Bing. 355, 130 E.R. 1098; *Thomas v. Sawkins*, [1935] 2 K.B. 249; *Swales v. Cox*, [1981] 1 All E.R. 1115; *R. v. Stenning*, [1970] R.C.S. 631; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. v. Custer*, [1984] 4 W.W.R. 133; *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753; *Finnigan v. Sandiford*, [1981] 2 All E.R. 267.

^h Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 105(1), 246(1), 450(1)(a), (b), (c), (2)(a), 461.
Criminal Law Act 1967, 1967 (U.K.), chap. 58, art. 2(4), (6).
Road Traffic Act 1972, 1972 (U.K.), chap. 20.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, «Process».
Canada. Commission de réforme du droit au Canada. *L'Arrestation* (Document de travail 41), Ottawa,

sion of Canada, 1985.

Coke, Sir Edward. *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England* [*Cokes Institutes: the third and fourth parts*], London, W. Clarke, 1817.

Foster, W. F. and Joseph E. Magnet. "The Law of Forcible Entry" (1977), 15 *Alta. Law Rev.* 271, 271-291.

Gellhorn, Walter. *Individual Freedom and Governmental Restraints*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1956.

Goodhart, A. L. "Thomas v. Sawkins: A Constitutional Innovation" (1936), 6 *Camb. L.J.* 22, 22-30.

Grant, Alan. "The Supreme Court of Canada and the Police: 1970-76" (1978), 20 *Crim. Law Q.* 152, 152-166.

Halsbury's Laws of England, 3rd ed., vol. 10, London, Butterworths, 1955.

Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 11, London, Butterworths, 1976.

Jowitt's Dictionary of English Law, 2nd ed., vol. 2, by John Burke, London, Sweet & Maxwell, 1977, "Process".

Maloney, Arthur. "Law Enforcement and The Citizen's Liberty" (1966), 9 *Can. Bar J.* 168, 168-189.

Manley, John. Case comment on *Eccles v. Bourque* (1975), 7 *Ottawa L. Rev.* 649, 649-657.

Plucknett, Theodore T. F. *A Concise History of the Common Law*, 5th ed., London, Butterworths, 1956.

Weiler, Paul C. "The Control of Police Arrest Practices: Reflections of a Tort Lawyer" in Allen M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*, Toronto, Butterworths, 1968.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 128 D.L.R. (3d) 726, 34 O.R. (2d) 697, 63 C.C.C. (2d) 289, 24 C.R. (3d) 300, dismissing an appeal from an acquittal on a directed verdict by Smith Co. Ct. J. Appeal allowed, La Forest J. dissenting.

Howard F. Morton, Q.C., for the appellant.

Scott T. Milloy, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Chouinard, Lamer and Wilson J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal from the Court of Appeal of Ontario which dismissed an appeal from a directed verdict at trial. The issue is whether a peace officer, acting pursuant to s. 450(1)(a) of the *Criminal Code*, can lawfully arrest a person on private premises.

Commission de réforme du droit du Canada, 1985.

Coke, Sir Edward. *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England* [*Cokes Institutes: the third and fourth parts*], London, W. Clarke, 1817.

Foster, W. F. and Joseph E. Magnet. «The Law of Forcible Entry» (1977), 15 *Alta. Law Rev.* 271, 271-291.

Gellhorn, Walter. *Individual Freedom and Governmental Restraints*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1956.

Goodhart, A. L. «Thomas v. Sawkins: A Constitutional Innovation» (1936), 6 *Camb. L.J.* 22, 22-30.

Grant, Alan. «The Supreme Court of Canada and the Police: 1970-76» (1978), 20 *Crim. Law Q.* 152, 152-166.

Halbury's Laws of England, 3rd ed., vol. 10, London, Butterworths, 1955.

Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 11, London, Butterworths, 1976.

Jowitt's Dictionary of English Law, 2nd ed., vol. 2, by John Burke, London, Sweet & Maxwell, 1977, «Process».

Maloney, Arthur. «Law Enforcement and The Citizen's Liberty» (1966), 9 *Can. Bar J.* 168, 168-189.

Manley, John. Commentaire de l'arrêt *Eccles c. Bourque* (1975), 7 *Ottawa L. Rev.* 649, 649-657.

Plucknett, Theodore T. F. *A Concise History of the Common Law*, 5th ed., London, Butterworths, 1956.

Weiler, Paul C. «The Control of Police Arrest Practices: Reflections of a Tort Lawyer» in Allen M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*, Toronto, Butterworths, 1968.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 128 D.L.R. (3d) 726, 34 O.R. (2d) 697, 63 C.C.C. (2d) 289, 24 C.R. (3d) 300, qui a rejeté un appel d'un verdict d'acquiescement imposé par le juge Smith de la Cour de comté. Pourvoi accueilli, le juge La Forest est dissident.

Howard F. Morton, c.r., pour l'appelante.

Scott T. Milloy, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Chouinard, Lamer et Wilson rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel d'un verdict imposé rendu au procès. La question est de savoir si l'al. 450(1)a) du *Code criminel* autorise un agent de la paix à arrêter une personne dans des locaux privés.

I

Facts

Paul Landry was charged with assaulting a peace officer engaged in the execution of his duty, contrary to s. 246(1) of the *Criminal Code*. The following summary of the facts is based on the testimony of the witnesses. No findings of fact were made at trial as the trial judge directed a verdict of acquittal.

On the evening of April 20, 1980 a public transit inspector observed two youths opening the driver's side of a parked truck and then trying to open car doors in a parking lot at the back of a shopping centre. He called the police on his radio. When the police arrived he gave them descriptions of the youths and advised them that he had seen the youths enter an apartment building. One of the police officers, Constable Handy, went to the front of the apartment building.

Constable Handy testified that as he approached the front door of the apartment building, he looked through the window of the basement apartment and saw two male persons who matched the description given to him by the transit inspector. He entered the building and walked down the stairs to the basement apartment. According to his testimony, the door to the apartment was open. The testimony of Landry and MacLaren (the second youth) differs from that of Constable Handy on this point. Landry testified that the door was closed and the officer knocked on it. Similarly, MacLaren testified that the officer knocked on the door and the door was answered by Landry. It is clear from the testimony of all three parties that Constable Handy stood in the doorway of the apartment and asked Landry if he lived there. Constable Handy testified that Landry replied in an offensive manner.

Constable Handy was in uniform at the time. He testified that he told the two youths they were under arrest for investigation of attempted auto theft. MacLaren testified that, initially, Constable Handy said only "you are under arrest" and did not state why until asked by MacLaren. Landry

I

Les faits

Paul Landry a été accusé d'avoir, contrairement au par. 246(1) du *Code criminel*, exercé des voies de fait contre un agent de la paix agissant dans l'exercice de ses fonctions. Le résumé suivant des faits a été établi d'après les dépositions des témoins. Comme le juge du procès a ordonné un verdict d'acquittement, aucune conclusion de fait n'a été tirée au procès.

Le soir du 20 avril 1980, un inspecteur du transport en commun a vu deux adolescents ouvrir la porte gauche d'un camion en stationnement, puis tenter d'ouvrir les portes de voitures qui se trouvaient sur un terrain de stationnement derrière un centre commercial. Se servant de sa radio, il a appelé la police. À l'arrivée des policiers, il leur a fourni le signalement des adolescents en question, ajoutant qu'il les avait vus entrer dans un immeuble d'appartements. L'un des policiers, l'agent Handy, s'est dirigé vers l'entrée de l'immeuble.

L'agent Handy a témoigné qu'en s'approchant de la porte d'entrée de l'immeuble il a regardé par la fenêtre de l'appartement du sous-sol et y a vu deux hommes qui répondaient au signalement que lui avait donné l'inspecteur. Il est entré dans l'immeuble et est descendu par l'escalier jusqu'à l'appartement du sous-sol. Selon son témoignage, la porte de l'appartement était ouverte. Sur ce point, les témoignages de Landry et de MacLaren (l'autre adolescent) diffèrent de celui de l'agent Handy. En effet, Landry a témoigné que la porte était fermée et que le policier a frappé. De même, MacLaren a dit que le policier a frappé à la porte et que Landry a répondu. Il ressort nettement des dépositions de ces trois témoins que l'agent Handy se tenait à l'entrée de l'appartement et qu'il a demandé à Landry s'il y demeurait. Au dire de l'agent Handy, la réponse de Landry a été injurieuse.

Au moment en question l'agent Handy était en uniforme. Il a témoigné avoir dit aux deux adolescents qu'il les arrêtaient relativement à une tentative de vol d'automobile. MacLaren pour sa part a témoigné que, initialement, l'agent Handy a dit simplement [TRADUCTION] «je vous arrête» sans

then indicated he did not want to go to the police station and both youths stated they had not done anything. Constable Handy walked into the room and stood quite close to them. When MacLaren took some steps toward the open door, Constable Handy took physical control of him by holding the sleeve of his jacket. Landry repeated several times that he was not going anywhere, so Constable Handy grabbed him with the other hand. An altercation ensued which gave rise to the present charge.

II

Judgments

(a) Trial

Following the hearing of the evidence and legal argument, the County Court judge ruled that an arrest without a warrant in the home of the accused was unlawful, except in circumstances of hot pursuit. Accordingly, he instructed the jury to return a verdict of not guilty, and concluded:

... I have come to the conclusion, based on the existing law, that when officer Handy entered the home, the apartment, without permission and without a warrant, he was not in the execution of his duty. He was exceeding his powers. He was exceeding his right and therefore the accused had a right to resist and that, as you can see, removes all necessity of making findings of fact as to who did what, who started, what kind of force was used and so on.

The plain fact of the matter is that the arrest was not lawful. It is not say that the officer acted wrongly in a general sense, but in the legal sense, if he did not have a warrant the arrest was not a lawful arrest and I must direct you that it was unlawful and if it was unlawful the accused was not committing an offence when he resisted.

Landry was accordingly acquitted of the charge of assaulting a peace officer in the execution of his duty.

(b) Court of Appeal

The Crown appealed the decision of the County Court and the appeal was dismissed by a majority in the Ontario Court of Appeal. Houlden J.A.,

dire pourquoi jusqu'à ce que MacLaren le lui demande. Landry a alors fait savoir qu'il ne voulait pas aller au poste de police et les deux adolescents ont affirmé qu'ils n'avaient rien fait. L'agent Handy est entré dans la pièce et s'est approché des jeunes gens. Lorsque MacLaren a fait quelques pas vers la porte ouverte, l'agent Handy l'a maîtrisé en le tenant par la manche. Landry a répété à plusieurs reprises son intention de rester là où il était, si bien que l'agent Handy l'a saisi de l'autre main. La bagarre qui a suivi a donné naissance à l'accusation dont il s'agit en l'espèce.

II

Les jugements

a) Le procès

Après avoir entendu les témoignages et les plaidoiries, le juge de la Cour de comté a conclu que, sauf en cas de prise en chasse, il est illégal de procéder sans mandat à l'arrestation d'un accusé chez lui. Par conséquent, il a ordonné au jury de rendre un verdict de non-culpabilité. Le juge s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] ... me fondant sur les règles de droit applicables, je suis arrivé à la conclusion que, quand l'agent Handy est entré dans l'appartement sans autorisation ni mandat, il n'agissait pas dans l'exercice de ses fonctions. Il a outrepassé ses pouvoirs. Il a outrepassé son droit de sorte que l'accusé avait le droit de résister, ce qui, comme vous pouvez le comprendre, rend superflue toute conclusion de fait sur qui a fait quoi, qui a commencé, quel degré de force a été utilisé, etc.

Il s'agit tout simplement d'une arrestation illégale. Cela ne veut pas dire que l'agent a commis un acte mauvais au sens large mais, du point de vue juridique, s'il n'avait pas de mandat, l'arrestation n'était pas légale. Cela étant, je dois vous dire que l'arrestation était illégale et que l'accusé n'a pas commis d'infraction en y résistant.

Landry a donc été acquitté relativement à l'accusation d'avoir exercé des voies de fait contre un agent de la paix agissant dans l'exercice de ses fonctions.

b) La Cour d'appel

Le ministère public a interjeté appel de la décision de la Cour de comté, mais l'appel a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité. Le

with Thorson J.A. concurring, found that, though s. 450(1)(a) of the *Criminal Code* empowers a peace officer to arrest without warrant a person whom he believes, on reasonable and probable grounds, has committed an indictable offence, there are certain spatial limits on this power, imposed by common law and preserved by s. 7 of the *Criminal Code*. According to the majority, there is no common law authority to render lawful an arrest by a police officer without a warrant on private premises when the officer enters the premises without permission. In the present case, Constable Handy entered the premises without permission or even acquiescence. He was, therefore, not in the execution of his duty.

Jessup J.A. would have allowed the appeal. He found that at common law a citizen could deny entry to his home to a peace officer without warrant and use any requisite force in doing so. If Constable Handy was a trespasser, he would have been acting unlawfully at the time of the arrest and, thus, could not be said to be in the execution of his duty. On the facts, however, Jessup J.A. found that Constable Handy was not a trespasser, but that he entered the apartment as a licensee. Though the assault by Landry may have amounted to a retraction of the licence, by the time of the assault the officer was in the execution of his duty.

III

The Law

(a) Criminal Code

The power of a peace officer to arrest without a warrant for an indictable offence is found in s. 450(1) of the *Criminal Code*:

- 450. (1)** A peace officer may arrest without warrant
- (a) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable and probable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence,
 - (b) a person whom he finds committing a criminal offence, or

juge Houlden, à l'avis duquel le juge Thorson s'est rangé, a conclu que, malgré l'al. 450(1)a) du *Code criminel* qui autorise un agent de la paix à arrêter sans mandat une personne qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables et probables, a commis un acte criminel, la *common law* impose à ce pouvoir certaines limites dans l'espace qui sont conservées par l'art. 7 du *Code criminel*. De l'avis de la majorité en Cour d'appel, il n'existe en *common law* aucun principe qui rend légale une arrestation sans mandat effectuée par un policier dans des lieux privés où il a pénétré sans en avoir la permission. Dans la présente instance, l'agent Handy est entré dans les lieux en question sans permission ni même acquiescement. Il n'agissait donc pas dans l'exercice de ses fonctions.

Le juge Jessup aurait accueilli l'appel. Il a estimé qu'en *common law* un citoyen peut refuser l'entrée à un agent de la paix qui n'est pas muni d'un mandat et qu'il peut faire usage de la force nécessaire à cet effet. Si l'agent Handy était un intrus, il agissait de façon illégale au moment de l'arrestation; on ne pouvait donc pas dire qu'il agissait dans l'exercice de ses fonctions. Toutefois, le juge Jessup a conclu que, d'après les faits, l'agent Handy n'était pas un intrus mais qu'au contraire son entrée dans l'appartement était autorisée. Quoique les voies de fait perpétrées par Landry eussent pu constituer une révocation de l'autorisation, le policier agissait à ce stade-là dans l'exercice de ses fonctions.

g

III

Le droit

a) Le Code criminel

C'est le par. 450(1) du *Code criminel* qui accorde à l'agent de la paix le pouvoir de procéder à une arrestation sans mandat dans le cas d'un acte criminel. En voici le texte:

- 450. (1)** Un agent de la paix peut arrêter sans mandat
- a) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables et probables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel,
 - b) une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle, ou

(c) a person for whose arrest he has reasonable and probable grounds to believe that a warrant is in force within the territorial jurisdiction in which the person is found.

The Ontario Court of Appeal was unanimous in finding that it would have been open to a jury to conclude that Constable Handy had reasonable and probable grounds to believe Landry and MacLaren had committed the indictable offence of attempted theft for the purpose of s. 450(1)(a).

What must be determined, however, is whether, assuming that Constable Handy had reasonable and probable grounds, there were any spatial limits on his power to arrest. Section 450(1)(a) is silent on the matter of whether an arrest without a warrant is lawful on private premises, and there are no other provisions which provide express statutory authority on this matter.

I agree with Jessup J.A. in the Court of Appeal that s. 450(1) should not be taken to alter the common law principles with respect to spatial limits on arrest without a warrant and that the silence of the *Code* on this matter requires that we turn to the common law for direction. As the Court stated in *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, at p. 742, "If they [the police constables] were authorized by law to commit a trespass, the authority for it must be found in the common law for there is nothing in the *Criminal Code*".

(b) *Eccles v. Bourque* and Recent Related Cases

Eccles v. Bourque though a civil case, dealt with the powers of arrest without a warrant on private premises. The case arose out of a claim by the appellant against three constables on the Vancouver Police Force for damages for trespass. The constables had entered the Vancouver apartment of Mr. Eccles in order to apprehend one Edmund Cheese, for whom there were three outstanding Montreal warrants of arrest. These warrants had not been endorsed in the Province of British Columbia. Furthermore, they were not search warrants and, therefore, they did not provide a right to enter premises. Cheese was not found in the apart-

c) une personne contre laquelle il a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un mandat d'arrestation est exécutoire dans les limites de la juridiction territoriale dans laquelle est trouvée cette personne.

^a La Cour d'appel de l'Ontario a été unanime à juger que, aux fins de l'al. 450(1)a), un jury aurait pu conclure que l'agent Handy avait des motifs raisonnables et probables de croire que Landry et MacLaren avaient commis un acte criminel, savoir une tentative de vol.

La question à trancher est toutefois de savoir si, à supposer que l'agent Handy ait eu des motifs raisonnables et probables, son pouvoir d'arrestation était soumis à certaines limites dans l'espace. Or, l'alinéa 450(1)a) est muet sur la légalité d'une arrestation sans mandat effectuée dans des lieux privés et aucune autre disposition législative ne ^d porte directement sur ce point.

Je partage l'avis exprimé par le juge Jessup en Cour d'appel, selon lequel le par. 450(1) n'a pas pour effet de modifier les principes de *common law* relatifs aux limites dans l'espace imposées au pouvoir d'arrestation sans mandat et selon lequel le mutisme du *Code* sur cette question exige qu'on se laisse guider par la *common law*. Comme l'a dit cette Cour dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, à la p. 742: «S'ils [les policiers] étaient autorisés par la loi à commettre un *trespass*, la permission pour ce faire doit être trouvée dans la *Common Law* car il n'y a rien dans le *Code criminel*.»

^b L'arrêt *Eccles c. Bourque* et les arrêts connexes récents

L'arrêt *Eccles c. Bourque* bien qu'en matière civile, porte sur les pouvoirs d'arrestation sans mandat dans des lieux privés. L'affaire tire son origine d'une action en dommages-intérêts pour intrusion illicite intentée par l'appelant contre trois policiers de la Sûreté de Vancouver. Les policiers s'étaient introduits dans l'appartement de M. Eccles à Vancouver avec l'intention d'appréhender un nommé Edmund Cheese pour lequel il y avait trois mandats d'arrestation non exécutés qui avaient été délivrés à Montréal. Ces mandats n'avaient pas été visés en Colombie-Britannique. D'autre part, n'étant pas des mandats de perquisi-

ment and the trial judge concluded that either he had not been there, or he had successfully escaped just prior to the arrival of the police officers. The trial judge awarded \$300 damages and costs. The judgment was reversed by a majority (Robertson and Taggart J.J.A., with Nemetz J.A. [as he then was] dissenting) of the Court of Appeal of British Columbia.

This Court was unanimous in dismissing the appeal. Since the Montreal warrants had not been endorsed in the province of British Columbia, pursuant to s. 461 of the *Criminal Code*, s. 450(1)(a) was applied. The Court held that, had Cheese been found and arrested, the requirements of s. 450(1)(a) of the *Criminal Code* would have been met (at pp. 741-42):

There were reasonable and probable grounds for believing that Cheese had committed a criminal offence and had the respondents found him in the apartment or elsewhere there is no doubt they would have been authorized by s. 450(1)(a) to arrest him.

Section 450(1)(a) did not, however, provide any guidance on the question of whether a peace officer was justified in committing a trespass in order to make an arrest, and that was the issue which had to be resolved. It was thus necessary to turn to the principles of the common law.

The Court summarized the relevant principles of the common law at pp. 742-43:

For these principles, we go back to vintage common law, to 1604, and *Semayne's Case*, in which the principle, so firmly entrenched in our jurisprudence, that every man's house is his castle, was expressed in these words: "That the house of every one is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose . . .". That, then, is the basic principle, as important today as in Biblical times (Deuteronomy 24:10) or in the 17th century. But there are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed. The criminal is not immune from arrest in his own home nor in the home of one of his friends. So it is that in *Semayne's Case* a limitation was put on the "castle" concept and the Court resolved that:

tion, ils ne conféraient pas le pouvoir de pénétrer dans des lieux. Cheese n'a pas été trouvé dans l'appartement et le juge de première instance a conclu qu'il ne s'y était pas trouvé ou encore qu'il s'était enfui juste avant l'arrivée des policiers. La décision du premier juge accordant 300 \$ en dommages-intérêts et les dépens a été infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité (les juges Robertson et Taggart, le juge Nemetz [tel était alors son titre] étant dissident).

Dans un arrêt unanime de cette Cour, le pourvoi a été rejeté. Puisque les mandats délivrés à Montréal n'avaient pas été visés en Colombie-Britannique conformément à l'art. 461 du *Code criminel*, on a appliqué l'al. 450(1)a). La Cour a conclu que, si on avait trouvé Cheese et si on l'avait arrêté, les exigences de l'al. 450(1)a) du *Code criminel* auraient été remplies (à la p. 742):

Il y avait des motifs raisonnables et probables de croire que Cheese avait commis une infraction criminelle et si les intimés l'avaient trouvé dans l'appartement ou ailleurs il n'y a pas de doute qu'ils auraient été autorisés de par l'al. a) du par. (1) de l'art. 450 à l'arrêter.

L'alinéa 450(1)a) n'offrait cependant aucun guide pour trancher la question de savoir si un agent de la paix peut à bon droit commettre une intrusion afin d'effectuer une arrestation et c'était précisément là la question à trancher. Il a donc fallu recourir aux principes de la *common law*.

À la page 743, la Cour résume les principes pertinents de la *common law*:

Pour ces principes, nous remontons à la vieille *Common Law*, à 1604, et à l'affaire de *Semayne*, dans laquelle le principe, si fermement consacré par notre jurisprudence, que la maison du commun des mortels est son palais, a été exprimé dans les termes suivants: [TRADUCTION] «que la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse, tant pour se défendre contre l'injure et la violence que pour son repos.» Cela, donc, est le principe de base, aussi important de nos jours que dans les temps bibliques (Deutéronome 24:10) ou au dix-septième siècle. Mais il est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter. Le criminel n'est pas à l'abri d'une arrestation dans son propre foyer ou dans celui d'un de ses amis. C'est ainsi que dans l'arrêt *Semayne* on a imposé une restriction au concept du «château», la Cour décidant que:

In all cases when the King is party, the Sheriff (if the doors be not open) may break the party's house, either to arrest him, or to do other execution of the K.'s process, if otherwise he cannot enter. But before he breaks it, he ought to signify the cause of his coming, and to make request to open doors . . .

See also, a century later, to the same effect, Hale, *Pleas of the Crown* (1736), 582; Foster, *Crown Law* (1762), 320. Thus it will be seen that the broad basic principle of sanctity of the home is subject to the exception that upon proper demand the officials of the King may break down doors to arrest.

The Court made it clear that the right of entry in search of an offender was not unrestricted. Entry could be made against the will of the householder only if (i) there were reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises and (ii) proper announcement is made prior to entry (at p. 744). With respect to the latter of these, the Court said (at p. 747):

The traditional demand was "Open in the name of the King". In the ordinary case police officers, before forcing entry, should give (i) notice of presence by knocking or ringing the doorbell, (ii) notice of authority, by identifying themselves as law enforcement officers and (iii) notice of purpose, by stating a lawful reason for entry. Minimally they should request admission and have admission denied although it is recognized there will be occasions on which, for example, to save someone within the premises from death or injury or to prevent destruction of evidence or if in hot pursuit notice may not be required.

On the facts of *Eccles*, the requirements were met and the appeal was dismissed.

In *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2, the principles of *Eccles* were discussed. The appellant was charged with attempted murder and attempting to cause bodily harm. He had committed the alleged offences in response to what he deemed to be a wrongful intrusion onto his property by police officers. The police officers had a warrant to seize firearms issued under s. 105(1) of the *Criminal Code*. Ritchie J. at p. 9, speaking for the Court, found that "the authority to seize specified in that

[TRADUCTION] Dans toutes les affaires où le Roi est partie, le shérif (si les portes ne sont pas ouvertes) peut s'introduire par bris dans la maison de la partie, soit pour l'arrêter, soit pour autrement exécuter l'acte judiciaire du R., si autrement il ne peut pas entrer. Mais avant qu'il ne pénètre par bris dans la maison, il doit signifier le motif de sa venue, et faire une demande qu'on ouvre les portes . . .

Voir également, un siècle plus tard, au même effet, Hale, *Pleas of the Crown* (1736) 582; Foster, *Crown Law* (1762) 320. On verra donc que le large principe de base excipant du caractère sacré du foyer est sujet à l'exception que lorsque demande régulière est faite les agents du Roi peuvent briser les portes pour faire l'arrestation.

La Cour a fait clairement savoir que le droit d'entrer à la recherche d'un fugitif n'est pas illimité. On ne peut entrer contre la volonté de l'occupant d'une maison que si (i) il existe des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est sur les lieux et si (ii) une annonce régulière a été faite avant d'entrer (à la p. 744). Sur ce second point, la Cour a dit (à la p. 747):

La demande traditionnelle était «ouvrez au nom du Roi». D'ordinaire les agents de police, avant d'entrer par la force, devraient donner (i) avis de leur présence en frappant ou en sonnant, (ii) avis de leur autorité, en s'identifiant comme agents chargés d'exécuter la loi et (iii) avis du but de leur visite, en déclarant un motif légitime d'entrer. Au minimum ils devraient demander l'admission et se voir dénier l'admission même s'il est reconnu qu'il y aura des occasions où, par exemple, afin de sauver de la mort ou de blessures quelqu'un qui se trouve sur les lieux ou d'empêcher la destruction d'une preuve, ou en cours de poursuite immédiate (*hot pursuit*), l'avis puisse ne pas être requis.

D'après les faits de l'arrêt *Eccles*, on a satisfait à ces exigences et le pourvoi a été rejeté.

Les principes énoncés dans l'arrêt *Eccles* ont été discutés dans l'arrêt *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2. L'appelant avait été accusé de tentative de meurtre et de tentative de causer des lésions corporelles. Il aurait commis ces infractions par suite de ce qu'il avait estimé être une intrusion illégale par des policiers sur sa propriété. Les policiers étaient munis d'un mandat, délivré en vertu du par. 105(1) du *Code criminel*, qui les autorisait à saisir des armes à feu. À la page 9, le

warrant [did not] carry with it the right to enter and search”, and that “it would . . . be dangerous indeed to hold that the private rights of the individual to the exclusive enjoyment of his own property are to be subject to invasion by police officers whenever they can be said to be acting in the furtherance of the enforcement of any section of the *Criminal Code* although they are not armed with express authority to justify their action.”

Eccles v. Bourque was distinguished on the ground that it related only to arrest and not to seizure of goods on private premises. Ritchie J. said (at pp. 8-9):

The common law principle has been firmly engrafted in our law since *Semayne's* case in 1604 where it was said “That the house of everyone is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose . . .”. This famous dictum was cited by my brother Dickson in the case of *Eccles v. Bourque* in which he made an extensive review of many of the relevant authorities. He was there dealing with a case of police officers entering private property for the purpose of effecting an arrest and in so doing he made reference to the limitation of the extent of the general application of *Semayne's* case at p. 743 saying:

But there are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed. The criminal is not immune from *arrest* in his own home nor in the home of one of his friends.

And later on the same page he observed:

Thus it will be seen that the broad basic principle of sanctity of the home is subject to the exception that upon proper demand the officials of the King may break down doors to *arrest*.

The italics in the last two quotations are my own.

This makes it clear that Mr. Justice Dickson was limiting his remarks to occasions when the house of the individual is entered against his will by police officers in search of a fugitive from justice whose *arrest* they consider to be justified.

Both Ritchie J.'s judgment in *Colet* and my judgment in *Eccles v. Bourque* refer to the exception to the principle of the sanctity of the home which was approved by this Court in *Eccles v.*

juge Ritchie, parlant au nom de la Cour, a conclu que «le pouvoir de saisir énoncé dans ce mandat n'accordait pas de droit d'entrer et de perquisitionner», et qu'«il serait très dangereux de conclure que les droits privés d'une personne à la jouissance exclusive de sa propriété doivent être assujettis au droit des policiers d'y entrer de force chaque fois qu'ils prétendent agir en vue d'appliquer un article du *Code criminel*, même s'ils ne sont pas munis d'une autorisation expresse qui justifie leurs actes».

On a fait une distinction d'avec l'arrêt *Eccles c. Bourque* parce que celui-ci porte uniquement sur l'arrestation et non pas sur la saisie de biens dans des locaux privés. Le juge Ritchie a dit (aux pp. 8 et 9):

Le principe de *common law* est fermement implanté dans notre droit depuis l'arrêt *Semayne* en 1604 où l'on a affirmé [TRADUCTION] «que la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse, tant pour se défendre contre l'injure et la violence que pour son repos». Mon collègue le juge Dickson a cité cette phrase célèbre dans l'arrêt *Eccles c. Bourque* dans lequel il a fait une étude approfondie de plusieurs décisions pertinentes. Il se penchait sur le cas de policiers qui étaient entrés dans une propriété privée en vue de procéder à une arrestation. Dans sa décision, il mentionne la limite de la portée de l'application générale de l'arrêt *Semayne* en disant, à la p. 743:

Mais il est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter. Le criminel n'est pas à l'abri d'une *arrestation* dans son propre foyer ou dans celui d'un de ses amis.

Et plus loin, à la même page, il fait remarquer:

On verra donc que le large principe de base excipant du caractère sacré du foyer est sujet à l'exception que lorsque demande régulière est faite les agents du Roi peuvent briser les portes pour faire l'*arrestation*.

J'ai ajouté les italiques dans les deux dernières citations.

Il est évident que le juge Dickson limitait ses observations aux cas où des policiers, à la recherche d'un fugitif qu'ils estiment avoir des motifs d'*arrêter*, pénètrent dans la maison d'une personne contre son gré.

Tant le jugement du juge Ritchie dans l'affaire *Colet* que mon jugement dans l'affaire *Eccles c. Bourque* mentionnent l'exception au principe de l'inviolabilité du domicile que cette Cour a

Bourque as a general limitation which permits the police to enter forcibly a dwelling-house in order to effect an arrest. There is no suggestion whatsoever in either *Eccles v. Bourque* or *Colet* that the power of forcible entry is limited to occasions when a warrant has been issued. On the contrary, both the facts and the reasoning in *Eccles v. Bourque* demonstrate that the case was not treated as a case of arrest with a warrant. Although there were warrants outstanding for Cheese, the warrants were not endorsed in British Columbia and were therefore of no legal effect in that province. The existence of the warrants was thus relevant for one purpose only: it afforded evidence of the reasonable and probable grounds for the police officer's belief that Cheese had committed an indictable offence. The Court expressly referred to s. 450(1)(a) as the source of authority to arrest Cheese and at no time suggested that s. 450(1)(c) offered any assistance. The existence of the warrants was not perceived by the Court to be relevant to the scope of the common law police power of forcible entry to effect an arrest.

The Court in *Eccles v. Bourque* did not consider its decision in that case to be an extension, but rather an application, of the old common law power first described in an authoritative manner in *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194. It is plain from the excerpt from *Eccles v. Bourque* at pp. 742-43, quoted above, that the Court was simply reaffirming common law principles of some considerable antiquity. The plain language in *Semayne's Case* authorizes the sheriff, in all cases when the King is a party, "to break the party's house . . . to arrest him", if the doors be not open. If this authority were restricted by the judges to occasions of arrest with a warrant, one would have expected Lord Coke to have said so in his report of the case. He did not; this lends support to the view that *Semayne's Case* conferred a power of forcible entry incidental to arrests in general and not just to arrests with a warrant.

approuvé dans l'arrêt *Eccles c. Bourque* à titre de limitation générale qui permet à la police d'entrer par la force dans une habitation pour y effectuer une arrestation. Absolument rien n'indique, que ce soit dans l'affaire *Eccles c. Bourque* ou dans l'affaire *Colet*, que le pouvoir d'entrer par la force est limité aux cas où un mandat a été délivré. Au contraire, tant les faits que le raisonnement dans l'affaire *Eccles c. Bourque* démontrent qu'elle n'avait pas été traitée comme une affaire d'arrestation avec mandat. Bien qu'il y eût des mandats délivrés contre Cheese, ceux-ci n'avaient pas été visés en Colombie-Britannique et n'avaient donc aucun effet juridique dans cette province. L'existence des mandats n'était donc utile qu'à une seule fin: elle apportait la preuve que le policier avait des motifs raisonnables et probables de croire que Cheese avait commis un acte criminel. La Cour a expressément utilisé l'al. 450(1)a) comme source du pouvoir d'arrestation de Cheese et n'a jamais suggéré que l'al. 450(1)c) offrait une solution. La Cour n'a pas estimé que l'existence des mandats avait un effet sur la portée du pouvoir de la police en *common law* d'entrer par la force pour effectuer une arrestation.

Dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, la Cour n'a pas considéré sa décision dans cette affaire comme une extension, mais plutôt comme une application de l'ancien pouvoir de *common law* que l'arrêt *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, a le premier décrit d'une façon qui fait autorité. Il ressort clairement du passage de *Eccles c. Bourque*, précité, à la p. 742 que j'ai déjà cité, que la Cour réaffirmait simplement de fort anciens principes de *common law*. Les termes clairs de l'arrêt *Semayne* autorisent le shérif, dans tous les cas où le Roi est partie, à [TRADUCTION] «s'introduire par bris dans la maison de la partie . . . pour l'arrêter», si les portes ne sont pas ouvertes. Si ce pouvoir était limité par les juges aux cas d'arrestation avec mandat, on se serait attendu à ce que lord Coke le dise dans sa publication de l'affaire. Il ne l'a pas dit; ceci appuie le point de vue que l'arrêt *Semayne* a accordé le pouvoir d'entrer par la force accessoire aux arrestations en général et pas seulement aux arrestations avec mandat.

The policy underlying the cases, older and more recent, on this issue, is clear and compelling: there should be no place which gives an offender sanctuary from arrest. While the *Criminal Code* empowers a justice to issue a warrant, on proper grounds being shown, authorizing a search for things, there is no power to issue a warrant to search for a person. If the police did not possess the power to arrest on private premises, then a criminal offender might find complete and permanent protection from the law in his or her own home or the home of another.

This compelling policy consideration suggests that Parliament took for granted the common law power of forcible entry to effect an arrest as originally articulated in *Semayne's Case* and reaffirmed in *Eccles v. Bourque*. It is one thing for the courts to decline to confer new common law powers which intrude on civil liberties; it is another thing altogether to abrogate powers which have already been recognized by the courts, particularly when, as in the present case, those powers descend from entrenched authorities of the seventeenth century. This Court has exhibited a cautious approach to the conferral on the police of new common law powers or implied statutory powers, although there has been something less than unanimity amongst the members of the Court on this point: *Colet, supra*; the *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; and *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2. The present case is markedly different, however, since it falls to be decided by application of *Eccles v. Bourque*, just as *Eccles v. Bourque*, on the view of the Court at that time, fell within the four corners of the old common law authorities.

There is, moreover, good reason to stand by these authorities in lieu of adopting a new rule requiring the police to obtain an arrest warrant in

La politique qui sous-tend les arrêts sur cette question, qu'ils soient anciens ou plus récents, est claire et impérieuse: ceux qui commettent des infractions ne devraient être nulle part à l'abri de l'arrestation. Bien que le *Code criminel* habilite un juge de paix à lancer, lorsqu'on établit qu'il y a des motifs valables de le faire, un mandat autorisant de rechercher des choses, il n'existe pas de pouvoir de délivrer un mandat autorisant de rechercher une personne. Il serait d'ailleurs manifestement absurde que la police soit obligée d'obtenir un mandat d'arrestation lorsqu'il n'y a aucun moyen de savoir contre qui des accusations seront portées. Si la police n'était pas investie du pouvoir de procéder à des arrestations dans des lieux privés, un criminel pourrait bénéficier chez lui ou chez quelqu'un d'autre d'une protection absolue et permanente contre l'application de la loi.

Ces considérations de principe indiquent que le législateur a tenu pour acquis le pouvoir accordé en *common law* d'entrer par la force pour effectuer une arrestation ainsi que l'arrêt *Semayne* l'a formulé à l'origine et que l'arrêt *Eccles c. Bourque* l'a réaffirmé. C'est une chose pour les tribunaux de refuser de conférer de nouveaux pouvoirs de *common law* qui empiètent sur les libertés publiques; c'est tout à fait autre chose d'abroger des pouvoirs déjà reconnus par les tribunaux, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, ces pouvoirs découlent de précédents bien ancrés datant du XVII^e siècle. Cette Cour a abordé avec prudence l'attribution à la police de nouveaux pouvoirs de *common law* ou de pouvoirs implicitement conférés par la loi, quoiqu'il y ait loin d'une unanimité entre les membres de la Cour à cet égard: *Colet*, précité; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, et *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. La présente affaire est toutefois totalement différente puisqu'elle doit être tranchée par application de l'arrêt *Eccles c. Bourque*, tout comme ce dernier arrêt, du point de vue de la Cour à l'époque, relevait carrément des arrêts de principe de la *common law* ancienne.

Il y a, en outre, une bonne raison de s'en tenir à cette jurisprudence au lieu d'adopter une nouvelle règle qui impose à la police d'obtenir un mandat

order to make an arrest in residential premises. Crime is often committed adjacent to residential premises. When a police officer witnesses a crime or appears on the scene shortly thereafter, his ability to apprehend the offender should not be capable of being foiled by an offender ducking into a nearby house or apartment building. Our society is more urban, more mobile, and more anonymous than ever before. If a police officer is forced to obtain an arrest warrant before entering a residence, he will have to attempt to obtain the name of the offender from the neighbours. In many cases the offender may have slipped into someone else's dwelling and the neighbours will be unable to supply this information. In other cases the offender may indeed have taken refuge in his own dwelling, but the neighbours may not know him. Even if the police officer is fortunate enough to obtain the offender's name, he will have to seek a justice of the peace to execute an arrest warrant. Valuable time—and probably the offender—will be lost because, when the police officer finally returns with his warrant, the offender will have sought refuge elsewhere.

These serious limitations against effective police work and public protection must be balanced against the intrusiveness of arresting a person in a house or apartment. This intrusiveness is carefully delineated and restricted by the requirement of reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises, and the requirements of notice of presence, notice of authority and notice of purpose. These requirements minimize the invasiveness of arrest in a dwelling and permit the offender to maintain his dignity and privacy by walking to the doorway and surrendering himself.

The risks associated with arresting on reasonable and probable grounds, namely, that an innocent person may be arrested, devolve from the power of arrest itself and not from the place where the suspect is arrested. Similarly, the risk of increased resistance which is associated with warrantless arrests derives from the power of arrest without a warrant and not from the location of the

d'arrestation pour effectuer une arrestation dans des locaux résidentiels. Les crimes sont souvent commis à proximité de locaux résidentiels. Lorsqu'un policier est témoin d'un crime ou arrive sur les lieux peu après, la possibilité qu'il arrête le contrevenant ne devrait pas pouvoir être déjouée du fait que le contrevenant s'est caché dans une maison ou un immeuble d'appartements voisin. Notre société est plus urbanisée, plus mobile et plus anonyme que jamais. Si un policier est obligé d'obtenir un mandat d'arrestation avant de pénétrer dans une résidence, il devra essayer d'obtenir le nom du contrevenant des voisins. Le plus souvent, le contrevenant se sera glissé chez quelqu'un et les voisins seront incapables de fournir ce renseignement. Dans d'autres cas, le contrevenant aura effectivement cherché refuge chez-lui, mais les voisins peuvent ne pas le connaître. Même si le policier a la chance d'obtenir le nom du contrevenant, il faudra qu'il trouve un juge de paix pour signer le mandat d'arrestation. Un temps précieux—et probablement le contrevenant—seront perdus parce que, lorsque le policier reviendra finalement avec son mandat, le contrevenant aura trouvé refuge ailleurs.

Ces limites sérieuses imposées au travail efficace de la police et la protection du public doivent être soupesées par rapport à l'ingérence que constitue l'arrestation d'une personne dans une maison ou un appartement. Cette ingérence est soigneusement délimitée et restreinte par l'obligation d'avoir des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée est dans les lieux, et l'obligation de donner avis de sa présence, de son pouvoir et de l'objet de sa présence. Ces obligations minimisent l'empiètement que constitue l'arrestation dans un domicile et permet au contrevenant de conserver sa dignité et sa vie privée en répondant à la porte et en se rendant.

Les risques associés avec l'arrestation pour des motifs raisonnables et probables, savoir, qu'un innocent peut être arrêté, découle du pouvoir d'arrestation lui-même, et non de l'endroit où le suspect est arrêté. De même, le risque de résistance accrue qui est associé aux arrestations sans mandat vient du pouvoir d'arrestation sans mandat et non du lieu de l'arrestation. On répond aussi

arrest. The specific concerns relating to arrests within a dwelling are met as fully as they can be, without unduly impinging on effective crime control, by the special requirements imposed on peace officers who must make arrests in a house or apartment.

I am unable, in any event, to fathom how a warrant for arrest can be perceived as a solution to the question of police authority to trespass incidental to arrest. The warrant is a judicial authorization to arrest and contains no express power of trespass. The justice of the peace must be given evidence as to the reasonable and probable grounds for making an arrest, but hears no evidence as to the likelihood or otherwise that the offender can be found at any particular location. There is no good reason, therefore, why the presence or absence of a warrant of arrest should have any bearing on the right to make an arrest in one particular place or another.

(c) Recent Cases in the House of Lords

The respondent has cited two recent House of Lords cases in support of the proposition that s. 450(1)(a) of the *Criminal Code* should not be interpreted to allow arrest on private premises. In *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753 (H.L.), the accused was charged under the *Road Traffic Act 1972*, 1972 (U.K.), c. 20, which provides that where a person fails to comply with a request for a sample of breath, the constable may arrest him without a warrant. Following an accident involving the accused, uniformed police officers arrived at his house and were admitted by the accused's son. The accused refused to come down from his bedroom to be interviewed by the officers, and refused to provide a specimen of his breath when the officers went up to his bedroom. The House of Lords found that the officers were trespassers and that, in the absence of express provision in the *Road Traffic Act 1972*, Parliament did not intend to authorize tortious conduct. Accordingly, though the Act authorized the making of an arrest without a warrant, it did not authorize such an arrest on private premises.

totalemment que possible aux inquiétudes précises relatives aux arrestations dans un domicile, sans indûment toucher à la lutte efficace contre la criminalité, par les obligations spéciales imposées aux agents de la paix qui doivent procéder aux arrestations dans une maison ou un appartement.

De toute façon, je ne peux pas saisir comment un mandat d'arrestation peut être perçu comme une solution à la question du pouvoir d'intrusion de la police qui est accessoire à l'arrestation. Le mandat est une autorisation judiciaire d'arrêter et ne contient aucun pouvoir exprès d'intrusion. On doit fournir au juge de paix des motifs raisonnables et probables d'arrestation, mais il n'entend aucune preuve sur la probabilité ou autre que le contrevenant peut être trouvé à un endroit donné. Il n'y a donc aucune bonne raison pour que la présence ou l'absence d'un mandat d'arrestation ait un effet sur le droit de faire une arrestation à un endroit ou à l'autre.

e) Les arrêts récents de la Chambre des lords

L'intimé a invoqué deux arrêts récents de la Chambre des lords à l'appui de la proposition selon laquelle l'al. 450(1)a) du *Code criminel* ne devrait pas être interprété de manière à autoriser l'arrestation dans des lieux privés. Dans l'arrêt *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753 (H.L.), l'accusé a été inculpé en vertu de la *Road Traffic Act 1972*, 1972 (U.K.), chap. 20, aux termes de laquelle, lorsqu'une personne refuse de fournir un échantillon d'haleine, le policier peut l'arrêter sans mandat. Par suite d'un accident dans lequel était impliqué l'accusé, des policiers en uniforme se sont présentés chez lui. Son fils les a fait entrer. Mais l'accusé a refusé de descendre de sa chambre pour être interrogé par les policiers. De plus, quand les policiers sont montés à sa chambre, il a refusé de leur fournir un échantillon d'haleine. La Chambre des lords a conclu que les policiers étaient des intrus et que, faute de disposition expresse de la *Road Traffic Act 1972*, il ne fallait pas prêter au Parlement l'intention d'autoriser une conduite délictuelle. Il en découlait donc que la Loi autorisait l'arrestation sans mandat, mais non pas dans des lieux privés.

The decision in *Morris v. Beardmore* was confirmed in *Finnigan v. Sandiford*, [1981] 2 All E.R. 267 (H.L.), where it was again stated that the *Road Traffic Act 1972* did not authorize police officers to enter private premises, without the permission of the occupier, for the purpose of effecting an arrest.

The two House of Lords cases do not, however, provide support for the position advanced by the respondent. The United Kingdom is in a markedly different position than Canada with respect to the question of arrest without a warrant on private premises. In the United Kingdom, the power to make such an arrest is provided by statute. Section 2 of the *Criminal Law Act 1967*, 1967 (U.K.), c. 58 provides that:

2.— . . .

(4) Where a constable, with reasonable cause, suspects that an arrestable offence has been committed, he may arrest without warrant anyone whom he, with reasonable cause, suspects to be guilty of the offence.

(6) For the purpose of arresting a person under any power conferred by this section a constable may enter (if need be, by force) and search any place where that person is or where the constable, with reasonable cause, suspects him to be.

It was the explicit statutory demarcation of the scope of arrest powers on private premises which prevented the House of Lords from interpreting the *Road Traffic Act 1972* as implying a power to arrest on private premises. The Parliament of the United Kingdom in s. 2 of the *Criminal Law Act 1967* clearly stated that arrest without a warrant could take place on private premises with respect to "arrestable offences". It followed that arrest without a warrant for offences which were not "arrestable offences" for the purpose of the Act could not take place on private premises.

In Lord Diplock's words (*Morris v. Beardmore* at p. 757):

. . . if Parliament intends to authorise the doing of an act which would constitute a tort actionable at the suit of the person to whom the act is done, this requires express

L'arrêt *Morris v. Beardmore* a été confirmé par l'arrêt *Finnigan v. Sandiford*, [1981] 2 All E.R. 267 (H.L.), dans lequel on a réaffirmé que la *Road Traffic Act 1972* n'habilitait pas les policiers à entrer dans des lieux privés sans la permission de l'occupant pour procéder à une arrestation.

Toutefois, les deux arrêts de la Chambre des lords n'appuient nullement le point de vue avancé par l'intimé. Sur la question de l'arrestation sans mandat dans des lieux privés, la situation au Royaume-Uni est nettement différente de celle qui règne au Canada. Au Royaume-Uni, le pouvoir d'effectuer une arrestation dans ces circonstances est prévu par la loi. En effet, l'art. 2 de la *Criminal Law Act 1967*, 1967 (U.K.), chap. 58, dispose:

[TRADUCTION] 2. — . . .

(4) Lorsqu'un policier a des motifs raisonnables de soupçonner la perpétration d'une infraction donnant lieu à l'arrestation, il peut, sans mandat, procéder à l'arrestation de toute personne qu'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, d'être coupable de cette infraction.

(6) Pour effectuer une arrestation en vertu du présent article, un policier peut, pour procéder à une recherche, entrer (au besoin, par la force) dans le local où se trouve le suspect ou dans lequel le policier soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il peut se trouver.

C'est cette délimitation législative explicite de la portée des pouvoirs d'arrestation dans des lieux privés qui a empêché la Chambre des lords d'interpréter la *Road Traffic Act 1972* de manière qu'elle confère implicitement un pouvoir d'arrestation dans des lieux privés. À l'article 2 de la *Criminal Law Act 1967*, le Parlement du Royaume-Uni a édicté clairement que, dans le cas d'infractions donnant lieu à l'arrestation, on peut procéder à l'arrestation sans mandat dans des lieux privés. Il s'ensuit que, pour les infractions ne «donnant [pas] lieu à l'arrestation» au sens de la Loi, on ne peut procéder à une arrestation sans mandat dans des lieux privés.

Comme l'a dit lord Diplock (*Morris v. Beardmore* à la p. 757):

[TRADUCTION] . . . si le Parlement veut autoriser un acte qui constituerait un délit civil pour lequel la victime pourrait exercer une action en justice, il doit le faire par

provision in the statute, as is exemplified by s 2(6) of the Criminal Law Act 1967. . . .

Similarly, in *Finnigan v. Sandiford*, Lord Keith of Kinkel stated (at p. 270):

It may confidently be stated as a matter of general principle that the mere conferment by statute of a power to arrest without warrant in given circumstances does not carry with it any power to enter private premises without the permission of the occupier, forcibly or otherwise. Section 2 of the Criminal Law Act 1967 creates a category of 'arrestable offence' in respect of which the power of arrest without warrant may be exercised The proper inference, in my opinion, is that, where Parliament considers it appropriate that a power of arrest without warrant should be reinforced by a power to enter private premises, it is in the habit of saying so specifically, and that the omission of any such specific power is deliberate. It would rarely, if ever, be possible to conclude that the power had been conferred by implication.

In both *Morris v. Beardmore* and *Finnigan v. Sandiford* the cautious attitude towards the question of arrest powers on private premises without a warrant is compelled by the existence of clear statutory regulation of the matter. In the United Kingdom, Parliament has dealt with the issue and the House of Lords has refrained from going beyond what is the clear intent of Parliament.

In Canada, on the other hand, Parliament has remained silent on the question of whether a police officer can arrest without a warrant on private premises. It is for this reason that we must interpret the text of s. 450(1)(a) with regard to the principles of the common law; accordingly *Morris v. Beardmore* and *Finnigan v. Sandiford* do not provide support for the respondent's position.

IV

Conclusion

A peace officer making an arrest on private premises without a warrant is in the execution of his or her duty for the purposes of s. 450(1)(a) of the *Criminal Code* if the criteria of that section and the standards enunciated in *Eccles v. Bourque* has been satisfied. The proper questions to be asked are:

une disposition expresse dans la Loi, comme l'illustre le par. 2(6) de la Criminal Law Act 1967

De même, dans l'arrêt *Finnigan v. Sandiford*, lord Keith of Kinkel dit (à la p. 270):

[TRADUCTION] On peut affirmer avec certitude qu'il est de principe général qu'un pouvoir, conféré par la loi, d'arrêter sans mandat dans des circonstances données n'emporte pas le pouvoir d'entrer dans des lieux privés, que ce soit ou non par la force, sans la permission de l'occupant. L'article 2 de la Criminal Law Act 1967 crée une catégorie d'infractions «donnant lieu à l'arrestation» à l'égard desquelles peut être exercé le pouvoir d'arrestation sans mandat . . . À mon avis, il faut en déduire que, lorsque le Parlement juge approprié d'assortir un pouvoir d'arrestation sans mandat d'un pouvoir d'entrer dans des lieux privés, il le dit habituellement en des termes exprès, et que, s'il omet d'accorder explicitement ce pouvoir, c'est à dessein. Il serait rarement, sinon jamais, possible de conclure que le pouvoir a été conféré d'une manière implicite.

Dans les arrêts *Morris v. Beardmore* et *Finnigan v. Sandiford*, la réserve qu'on a exprimée à l'égard du pouvoir de procéder à une arrestation sans mandat dans des lieux privés tient à l'existence d'une disposition législative qui règle clairement la question. Au Royaume-Uni, le Parlement a résolu le problème et la Chambre des lords s'est abstenue d'aller au-delà de l'intention manifeste du Parlement.

Au Canada, par contre, le Parlement est resté muet sur la question de savoir si un policier peut procéder à une arrestation sans mandat dans des lieux privés. C'est la raison pour laquelle nous devons interpréter le texte de l'al. 450(1)a) à la lumière des principes de la *common law*; il s'ensuit que les arrêts *Morris v. Beardmore* et *Finnigan v. Sandiford* n'étaient en aucune façon le point de vue de l'intimé.

IV

Conclusion

Un agent de la paix qui procède à une arrestation sans mandat dans des lieux privés agit dans l'exercice de ses fonctions aux fins de l'al. 450(1)a) du *Code criminel* s'il satisfait aux critères de cet alinéa et aux normes énoncées dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*. Les questions à poser sont les suivantes:

1. Is the offence in question indictable?
2. Has the person who is the subject of arrest committed the offence in question or does the peace officer, on reasonable and probable grounds, believe he or she has committed or is about to commit the offence in question?
3. Are there reasonable and probable grounds for the belief that the person sought is within the premises?
4. Was proper announcement made before entry?

An affirmative answer to all of these questions will mean that the arrest is lawful.

Both *Eccles v. Bourque* and the present case are concerned with the scope and nature of the spatial limits with respect to the power of arrest under s. 450(1)(a) of the *Criminal Code*. I refrain from making any determination on the nature and scope of the spatial limits of arrest without a warrant under any of the other sections or subsections of the *Code*.

I should also like to note that this case arose before the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into effect.

In the present case the trial judge and the Court of Appeal erred in finding that an arrest pursuant to s. 450(1)(a) would not be lawful if on private premises in any circumstances other than hot pursuit.

Accordingly, this appeal is allowed on the point of law and a new trial is ordered.

The reasons of Beetz, Estey and McIntyre JJ. were delivered by

ESTEY J.—This appeal raises once again the question of the right of the citizen to insist on the inviolability of his home from invasion in the name of law enforcement. The facts are set forth fully in the judgment of the Chief Justice; the issue arises because of the respondent's assault of a police officer who entered an apartment in order to arrest the respondent without warrant. The principles governing this appeal are contained in recent decisions of this Court; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R.

1. S'agit-il d'un acte criminel?
2. La personne arrêtée a-t-elle commis l'infraction en question ou l'agent de la paix a-t-il des motifs raisonnables et probables de croire que cette personne a commis ou est sur le point de commettre ladite infraction?
3. Y a-t-il des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée se trouve dans les lieux?

4. Un avis régulier a-t-il été donné avant d'entrer? Si la réponse à chacune de ces questions est affirmative, l'arrestation est légale.

Tant l'arrêt *Eccles c. Bourque* que la présente affaire ont trait à la portée et à la nature des limites dans l'espace du pouvoir d'arrestation en vertu de l'al. 450(1)a) du *Code criminel*. Je m'abstiens de décider quoi que ce soit relativement à la nature et à la portée des limites dans l'espace de l'arrestation sans mandat en vertu d'autres articles ou paragraphes du *Code*.

J'aimerais aussi indiquer que cette affaire a commencé avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans la présente affaire, le juge du procès et la Cour d'appel ont commis une erreur en concluant qu'une arrestation en vertu de l'al. 450(1)a) n'est pas légale si elle est effectuée dans des lieux privés dans une situation autre qu'en cas de prise en chasse.

Par conséquent, ce pourvoi est accueilli sur le point de droit et un nouveau procès est ordonné.

Version française des motifs des juges Beetz, Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE ESTEY—Le présent pourvoi soulève une fois de plus la question du droit du citoyen de faire valoir l'inviolabilité de son domicile à l'encontre de toute intrusion au nom de l'application de la loi. Le Juge en chef a relaté les faits en détail dans ses motifs de jugement; la question se pose à cause des voies de fait exercées par l'intimé contre un agent de police qui avait pénétré dans un appartement dans le but d'arrêter l'intimé sans mandat. Les principes qui régissent le présent pourvoi sont énoncés dans les arrêts récents de cette Cour:

697, and *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633. In all these decisions, this Court has acknowledged that the ancient principle, "That the house of every one is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose" (*Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194), must yield to the legitimate requirements of law enforcement. In *Lyons, supra*, the majority wrote (at p. 657):

The invasion here is of privacy and this concerns both the personal aspects and the property aspects of privacy. The inviolable nature of the private dwelling is a basic part of our free society. This concept has long been a bulwark against tyranny of the state be it organized as an absolute monarchy or as a democratic state under a constitutional monarch. Indeed for three hundred years the concept that a person's home is his castle has been the defence of the citizen in an endless variety of challenges brought against him in the name of the state. *Semayne* has been the shrine of his or her privacy. The concept recognizes an internal security but also an external dependence. The home is not a castle in isolation; it is a castle in a community and draws its support and security of existence from the community. The law has long recognized many compromises and outright intrusions on the literal sense of this concept: for example, the right of the community to search on proper authorization; the right of pursuit; the right of eminent domain; the right of the community in applying zoning restrictions and safety standards; the compulsory participation in community established health facilities including sewer and water systems; and many more. Most of these intrusions carry inspection rights of varying modes and degrees. As Dickson J. (as he then was) put it in *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, at p. 743:

... there are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed.

Eccles v. Bourque, supra, establishes that a peace officer has authority at common law to enter private premises to effect an arrest without warrant pursuant to s. 450(1)(a) of the *Criminal Code* if he has reasonable and probable grounds to

Eccles c. Bourque, [1975] 2 R.C.S. 739, *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, et *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633. Dans tous ces arrêts, la Cour a reconnu que le principe ancien selon lequel [TRADUCTION] «la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse, tant pour se défendre contre l'injure et la violence que pour son repos» (arrêt *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194), doit céder le pas aux exigences légitimes de l'application de la loi. Dans l'arrêt *Lyons* précité, la majorité a dit (à la p. 657):

Il s'agit ici de l'atteinte à la vie privée, aussi bien à l'égard de la personne qu'à l'égard des biens. L'inviolabilité du foyer est l'un des fondements de notre société libre. Ce concept constitue depuis longtemps un rempart contre la tyrannie de l'État, qu'il s'agisse d'une monarchie absolue ou d'un État démocratique sous forme de monarchie constitutionnelle. En réalité, depuis trois cents ans, le concept selon lequel la maison d'un citoyen est son château a servi de moyen de défense dans une variété infinie de contestations présentées contre lui au nom de l'État. L'arrêt *Semayne* est la consécration du droit de la personne à sa vie privée. Ce concept reconnaît une sécurité intérieure, mais aussi une dépendance extérieure. La maison n'est pas un château isolé, c'est un château dans une société qui en assure et en protège l'existence. Le droit reconnaît depuis longtemps un bon nombre de compromis et d'empiétements purs et simples au sens littéral de ce concept: par exemple, le droit de la société de perquisitionner moyennant autorisation valable, le droit de poursuite, le droit d'expropriation à des fins publiques, le droit de la société d'appliquer des règlements de zonage et des normes de sécurité, la participation obligatoire aux services sanitaires communautaires comme les égouts et l'aqueduc, et ainsi de suite. La plupart de ces empiétements comportent des droits d'inspection à divers degrés et de différentes façons. Le juge Dickson, alors juge puîné, s'exprime ainsi dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, à la p. 743:

... il est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter.

L'arrêt *Eccles c. Bourque*, précité, affirme qu'un agent de la paix a le pouvoir, en *common law*, d'entrer dans des lieux privés sans mandat par application de l'al. 450(1)a) du *Code criminel* s'il a des motifs raisonnables et probables de croire

believe that an indictable offence has been committed or is about to be committed, and if two further criteria are met. First, the peace officer must have reasonable and probable grounds to believe that the person sought is on the private premises, and secondly, he must make a proper announcement of his presence and purpose before entering. The disposition of this appeal is governed by those criteria, and I would accordingly agree with the Chief Justice that the appeal should be allowed.

The following are the reasons delivered by

LE DAIN J.—I agree with the Chief Justice that the authority of a police officer to enter private premises without the consent of the occupant in order to effect an arrest without warrant was affirmed, with the conditions on which it may be exercised, in *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, and that there are sound reasons of policy for adhering to that decision. I do not wish, however, to be understood as necessarily subscribing to the distinction which the Chief Justice draws with reference to the judgments of the majority of the Court in *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697, *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, and *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2. I agree that the appeal should be allowed and a new trial ordered.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (*dissenting*)—

A Man's Home is His Castle

The sanctity of the home is deeply rooted in our traditions. It serves to protect the security of the person and individual privacy. The same thought was expressed as early as 1604 in the language of the day in the first proposition of the celebrated *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, at p. 91 b, 77 E.R. 194, at p. 195 as follows:

1. That the house of every one is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose . . .

qu'un acte criminel a été commis ou est sur le point de l'être et si deux conditions sont remplies. Premièrement, l'agent de la paix doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire que la personne recherchée se trouve sur les lieux privés et, deuxièmement, il doit faire une annonce en règle de sa présence et de son but avant d'entrer. L'issue du présent pourvoi est régie par ces critères et je souscris donc à l'avis du Juge en chef que le pourvoi doit être accueilli.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LE DAIN—Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que le pouvoir d'un agent de police de pénétrer dans des lieux privés sans le consentement de l'occupant pour procéder à une arrestation sans mandat a été confirmé, avec les conditions de son exercice, dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, et qu'il y a de solides raisons de principe pour adhérer à cette décision. Je ne veux toutefois pas que l'on en conclut que je souscris nécessairement à la distinction que le Juge en chef a faite à propos des motifs majoritaires de cette Cour dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, et *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Je suis d'accord pour dire que le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès ordonné.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (*dissident*)—

La maison de chacun est son château

Le caractère sacré du foyer est profondément ancré dans nos traditions. Il sert à assurer la sécurité de la personne et la vie privée de l'individu. La même idée a été exprimée dès 1604, dans le style du temps, dans la première proposition du célèbre arrêt *Semayne* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, à la p. 91 b, 77 E.R. 194, à la p. 195 de la façon suivante:

[TRADUCTION] 1. Que la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse, tant pour se défendre contre l'injure et la violence que pour son repos . . .

Qualifications

The judges in *Semayne's Case*, of course, realized that the principle that a man's home is his castle must be subjected to certain limitations to secure the proper administration of justice. Though it was a civil case, it discusses the limitations then recognized by the common law in both civil and criminal matters. That discussion makes clear that an arrest could be made by breaking into a house if the arrestor was armed with a warrant, or again if he was in hot pursuit of an offender. But some have argued that the third proposition in the case goes further. So far as relevant, it reads as follows (5 Co. Rep. 91 b, 77 E.R. 195):

3. In all cases when the King is party, the sheriff (if the doors be not open) may break the party's house, either to arrest him, or to do other execution of the K.'s process, if otherwise he cannot enter. But before he breaks it, he ought to signify the cause of his coming, and to make request to open doors . . .

There is some ambiguity in the first sentence of this proposition which has led some to read it as permitting the "breaking" of a party's house even without a warrant. I do not, however, think this interpretation does justice to the latter part of that sentence. It should be remembered that in *Semayne's Case*, a legal process had been issued. What is more, the sentence we are considering, after mentioning arrest, immediately speaks of other execution of the King's process, the ordinary meaning of which is a writ or other judicial order; see *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979), p. 1085; *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 2 (2nd ed. 1977), at pp. 1438-39. These two facts strongly imply that the writer had in mind an arrest pursuant to process, in that situation a warrant. A similar view has recently been expressed by Stevens J., giving the judgment of the Supreme Court of the United States in *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980), at p. 593, as follows:

The context strongly implies, however, that the court was describing the extent of authority in executing the

Les restrictions

Les juges de l'arrêt *Semayne* se sont évidemment rendu compte que le principe selon lequel la maison d'un citoyen est son château est assujéti à certaines restrictions pour assurer la bonne administration de la justice. Bien qu'il se soit agi d'une affaire civile, elle analyse les restrictions alors reconnues par la *common law* en matières civile et criminelle. Cette analyse indique clairement qu'il était possible de procéder à une arrestation en pénétrant de force dans une maison si celui qui y procédait était muni d'un mandat ou encore s'il avait pris le contrevenant en chasse. Certains ont soutenu que le troisième principe de l'affaire va plus loin. La partie pertinente en est ainsi conçue (5 Co. Rep. 91 b, 77 E.R. 195):

[TRADUCTION] 3. Dans toutes les affaires où le Roi est partie, le shérif (si les portes ne sont pas ouvertes) peut s'introduire par bris dans la maison de la partie, soit pour l'arrêter, soit pour autrement exécuter l'acte judiciaire du R., si autrement il ne peut pas entrer. Mais avant qu'il ne pénètre par bris dans la maison, il doit signifier le motif de sa venue, et faire une demande qu'on ouvre les portes . . .

Il y a une certaine ambiguïté dans la première phrase de cette proposition qui en a amené certains à l'interpréter comme autorisant quelqu'un à s'introduire «par bris» dans la maison d'une partie même sans mandat. Je ne pense cependant pas que cette interprétation fasse justice à la dernière partie de la phrase. Il faut se rappeler que dans l'affaire *Semayne*, il y avait eu délivrance d'un acte judiciaire. De plus, la phrase que nous analysons, après avoir parlé d'arrestation, ajoute aussitôt d'autre exécution d'acte judiciaire du Roi, expression dont le sens ordinaire est celui d'un bref ou d'une autre ordonnance judiciaire; voir *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979), p. 1085; *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 2 (2nd ed. 1977), aux pp. 1438 et 1439. Ces deux faits indiquent fortement que l'auteur avait à l'esprit une arrestation faite en vertu d'un acte judiciaire, en l'occurrence un mandat. Le juge Stevens a récemment exprimé le même avis en rendant l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980), où il dit, à la p. 593:

[TRADUCTION] Le contexte indique fortement cependant que la cour parlait de l'étendue des pouvoirs au

King's writ. This reading is confirmed by the phrase "either to arrest him, or to do *other* execution of the K.'s process" and by the further point that notice was necessary because the owner may "not know of the *process*."

Nor should the passage be read without regard to the character of Coke's *Reports* or of the man who compiled them. Plucknett in his *A Concise History of the Common Law* (5th ed. 1956), at p. 282 tells us that Coke's *Reports* were not like modern reports containing verbatim accounts of what the judges had said but rather, that along with his *Institutes*, they were used by Coke to set forth his view of restatement of the law. Plucknett says this at p. 281:

A case in Coke's *Reports*, therefore, is an uncertain mingling of genuine report, commentary, criticism, elementary instruction, and recondite legal history. The whole is dominated by Coke's personality, and derives its authority from him.

That being so, it is useful to examine what Coke has said elsewhere to determine the real meaning of the equivocal statement in the third proposition in *Semayne's Case*. Now Coke in his *Fourth Institute* went so far as to say that justices of the peace had no power to issue a warrant that would permit the arrest of a man in his own house until he had been indicted; see Coke, *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England* (London: 1817), pp. 176-77. If in Coke's view a justice could not issue such a warrant on the basis of real and probable cause, it follows that he would not have countenanced a constable's breaking into a house without a warrant. The majority judges in *Payton v. New York*, *supra*, at pp. 594-95, and seemingly the minority too (see p. 611), were of this view.

If I am correct in my view that *Semayne's Case* is no authority for the proposition that a man can be arrested in his own home without a warrant, (apart from hot pursuit and other narrow exceptions to prevent the commission of an offence to be mentioned later), it follows that the comments there made about informing the person sought to

moment de l'exécution du bref du Roi. Cette interprétation est confirmée par le membre de phrase «soit pour l'arrêter, soit pour *autrement* exécuter l'acte judiciaire du R.» et par la mention supplémentaire qu'il est nécessaire de donner un avis parce que le propriétaire peut «ne pas être au courant de l'*acte judiciaire*».

On ne peut non plus lire le passage sans tenir compte de la nature des *Recueils* de Coke ou du caractère de celui qui les a compilés. Plucknett dans son ouvrage *A Concise History of the Common Law* (5th ed. 1956), à la p. 282 nous dit que les *Recueils* de Coke ne comportaient pas, comme les recueils modernes, un compte rendu textuel de ce que les juges avaient dit, mais que, avec ses *Institutes*, Coke s'en servait pour exposer son avis sur le droit ou pour le reformuler. Plucknett dit à la p. 281:

[TRADUCTION] Un arrêt dans les *Recueils* de Coke constitue donc un mélange indéterminé de rapport véritable, de commentaires, de critiques, d'enseignement élémentaire et d'histoire juridique abstruse. Le tout est imprégné de la personnalité de Coke et en tire sa valeur jurisprudentielle.

En conséquence, il est utile d'analyser ce que Coke a dit ailleurs pour établir le sens réel de l'énoncé ambigu de la troisième proposition de l'arrêt *Semayne*. Dans son *Fourth Institute*, Coke va jusqu'à dire que les juges de paix n'ont pas le pouvoir de délivrer un mandat qui permettrait d'arrêter un homme chez lui avant qu'il n'ait été mis en accusation; voir Coke, *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England* (London: 1817), aux pp. 176 et 177. Si, de l'avis de Coke, un juge de paix ne pouvait pas délivrer un mandat en fonction d'une cause raisonnable et probable, il n'aurait pas approuvé l'entrée d'un policier dans une maison par la force et sans mandat. La majorité des juges dans l'affaire *Payton v. New York*, précité, aux pp. 594 et 595, et vraisemblablement la minorité également (voir à la p. 611), ont été de cet avis.

Si j'ai raison de penser que l'arrêt *Semayne* n'affirme pas qu'un homme peut être arrêté chez lui sans mandat (sauf si on l'a pris en chasse et autres exceptions spécifiques en vue de prévenir la perpétration d'une infraction dont je parlerai plus loin), il s'ensuit que les commentaires dans cet arrêt sur la nécessité d'informer la personne visée

be arrested and requesting entry were confined to arrest with a warrant.

What speaks even more eloquently is the silence of the law reports on the issue. For over two hundred years after *Semayne's Case*, there was not a single reported case holding that a constable may enter a man's house to arrest him without a warrant on the basis of reasonable and probable cause. Given the stout opposition Englishmen have traditionally displayed in the face of even marginal intrusions by state authority, it seems unlikely that the police purported to act on the basis of such power in those years. Stevens J. in *Payton v. New York*, *supra*, at pp. 596-98, had this to say on the matter:

The zealous and frequent repetition of the adage that a "man's house is his castle," made it abundantly clear that both in England and in the Colonies "the freedom of one's house" was one of the most vital elements of English liberty.

Thus, our study of the relevant common law does not provide the same guidance that was present in *Watson*. Whereas the rule concerning the validity of an arrest in a public place was supported by cases directly in point and by the unanimous views of the commentators, we have found no direct authority supporting forcible entries into a home to make a routine arrest and the weight of the scholarly opinion is somewhat to the contrary. Indeed, the absence of any 17th- or 18th-century English cases directly in point, together with the unequivocal endorsement of the tenet that "a man's home is his castle," strongly suggests that the prevailing practice was not to make such arrests except in hot pursuit or when authorized by a warrant.

There were, it is true, respected commentators, some relying on an early Yearbook case, who took a different view. As to this it is sufficient to cite Stevens J.'s view in *Payton v. New York*, *supra*, at pp. 593-97, which I make mine:

The common-law commentators disagreed sharply on the subject. Three distinct views were expressed. Lord Coke, widely recognized by the American colonists "as the greatest authority of his time on the laws of England," clearly viewed a warrantless entry for the purpose

par l'arrestation et de demander la permission d'entrer se limitaient à une arrestation en vertu d'un mandat.

Plus éloquent encore est le silence des recueils judiciaires sur la question. Plus de deux cents ans après l'arrêt *Semayne*, pas une seule décision judiciaire publiée n'a porté qu'un agent peut pénétrer chez quelqu'un pour l'arrêter sans mandat même pour des motifs raisonnables et probables. Compte tenu de l'opposition farouche que les Anglais ont, par tradition, manifesté à l'égard des intrusions mêmes les plus légères de la part de l'État, il semble improbable que la police ait prétendu agir en vertu de ce pouvoir à cette époque-là. Le juge Stevens dit à ce sujet dans l'arrêt *Payton v. New York*, précité, aux pp. 596 à 598:

[TRADUCTION] La répétition fréquente et ardente de l'adage «la maison de chacun est son château» indique tout à fait clairement que, aussi bien en Angleterre que dans les colonies, «la liberté du foyer» est l'un des éléments les plus essentiels de la liberté anglaise.

Donc, notre analyse de la *common law* applicable ne fournit pas la même indication que celle qui se trouvait dans l'arrêt *Watson*. Tandis que la règle relative à la validité d'une arrestation faite dans un endroit public est confirmée par des arrêts portant directement sur la question et par l'avis unanime des commentateurs, nous n'avons trouvé aucune jurisprudence précise permettant l'entrée de force dans une maison pour y procéder à une arrestation de routine et le poids de la doctrine va plutôt dans le sens contraire. En réalité, l'absence de toute décision anglaise du XVII^e ou du XVIII^e siècle tranchant précisément ce point, ajoutée à l'affirmation non équivoque du principe que «la maison de chacun est son château» indique clairement que la pratique en vigueur consistait à ne pas procéder à de telles arrestations sauf si on a pris un contrevenant en chasse ou en vertu d'un mandat.

Il y a eu, il est vrai, des commentateurs de renom, certains s'appuyant sur un ancien arrêt d'un Yearbook, qui ont exprimé l'opinion contraire. À ce sujet, il suffit de citer l'avis du juge Stevens exprimé dans l'arrêt *Payton v. New York*, précité, aux pp. 593 à 597, que j'adopte:

[TRADUCTION] Les commentateurs de la *common law* ont été fortement en désaccord sur le sujet. Ils ont exprimé trois avis différents. Lord Coke, généralement reconnu par les colons américains «comme la plus grande autorité de son temps en matière de lois d'Angle-

of arrest to be illegal. Burn, Foster, and Hawkins agreed, as did East and Russell, though the latter two qualified their opinions by stating that if an entry to arrest was made without a warrant, the officer was perhaps immune from liability for the trespass if the suspect was actually guilty. Blackstone, Chitty, and Stephen took the opposite view, that entry to arrest without a warrant was legal, though Stephen relied on Blackstone who, along with Chitty, in turn relied exclusively on Hale. But Hale's view was not quite so unequivocally expressed. Further, Hale appears to rely solely on a statement in an early Yearbook, quoted in *Burdett v. Abbot*, 14 East 1, 155, 104 Eng. Rep. 501, 560 (K. B. 1811):

“ that for felony, or suspicion of felony, a man may break open the house to take the felon; for it is for the commonweal to take them.’ ”

Considering the diversity of views just described, however, it is clear that the statement was never deemed authoritative. Indeed, in *Burdett*, the statement was described as an “extrajudicial opinion.”

The only case since *Semayne's Case* I have found in favour of the view that a policeman may without consent or a warrant enter into a dwelling and arrest a person there solely on the basis that he reasonably believes the person has committed an offence is *Davis v. Russell* (1829), 5 Bing. 355, 130 E.R. 1098. There the plaintiff sued a constable for false imprisonment. The constable had entered the plaintiff's lodgings and taken her out of bed at night to prison. He had no warrant but was acting on the information given by an informant to the effect that the plaintiff had robbed the informant. Though the principal question appears to have been whether the constable had reasonable cause, Best C.J., who gave the major judgment, certainly made it clear (5 Bing. 365, 130 E.R. 1102) that, “We cannot uphold the notion that a constable is not permitted to go into a house at night to apprehend a person suspected.”

The case, however, is not one calculated to encourage granting the police power to enter into

terre», estime clairement qu'une entrée sans mandat dans le but de procéder à une arrestation est illégale. Burn, Foster et Hawkins ont été du même avis, de même que East et Russell, bien que ces deux derniers aient apporté une réserve à leur avis en disant que s'il y avait entrée sans mandat dans le but d'arrêter quelqu'un, l'agent de police pouvait peut-être n'être pas responsable de l'intrusion si le suspect était réellement coupable. Blackstone, Chitty et Stephen ont exprimé l'avis opposé que l'entrée pour procéder à une arrestation sans mandat était légale, bien que Stephen se soit appuyé sur Blackstone qui, comme Chitty, s'est appuyé uniquement sur Hale. Hale ne s'est cependant pas exprimé de façon si péremptoire. De plus Hale paraît s'être fondé uniquement sur un énoncé d'un Yearbook ancien cité dans l'arrêt *Burdett v. Abbot*, 14 East 1, 155, 104 Eng. Rep. 501, à la p. 560 (B. R. 1811):

« que pour un acte criminel (*felony*) ou pour un acte criminel soupçonné, une personne peut s'introduire par la force dans la maison pour arrêter le criminel; car il est de l'intérêt public de les arrêter. »

Vu la diversité d'opinions que je viens d'exposer, il est cependant clair que l'énoncé n'a jamais été considéré comme une jurisprudence établie. En réalité, dans l'arrêt *Burdett* l'énoncé est qualifié d'opinion extrajudiciaire.

Le seul arrêt postérieur à l'arrêt *Semayne* que j'ai trouvé et qui affirme qu'un agent de police peut sans mandat, ni permission, pénétrer dans une habitation privée et y arrêter une personne sur le seul fondement qu'il a des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis une infraction est l'arrêt *Davis v. Russell* (1829), 5 Bing. 355, 130 E.R. 1098. Dans cette affaire-là, la demanderesse avait poursuivi un agent de police pour emprisonnement illégal. L'agent avait pénétré dans le logement de la demanderesse et l'avait tirée du lit la nuit pour la conduire en prison. Il n'avait pas de mandat, mais agissait sur la dénonciation de quelqu'un qui affirmait que la demanderesse l'avait volé. Bien que la principale question soulevée paraisse être de savoir si l'agent de police avait un motif raisonnable, le juge en chef Best, qui a rédigé les motifs principaux, a dit tout à fait clairement (5 Bing. 365, 130 E.R. 1102) que [TRADUCTION] « Nous ne pouvons pas confirmer la notion qu'un agent de police n'a pas le droit de pénétrer chez quelqu'un la nuit pour appréhender un suspect ».

Cependant, il ne s'agit pas d'une affaire qui encourage l'attribution au policier du pouvoir de

private dwellings without a warrant. As it turned out the informant had lied to the constable. The court's recognition of this fact, however, afforded cold comfort to the plaintiff, described in the report as a respectable inhabitant of Cheltenham. The constable was held to have had reasonable grounds for what he did and her action against him consequently failed.

The treatment accorded this case is interesting. I have not found a single reference to it in any English criminal law text. Nor is it to be found in *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., where in vol. 11, paragraph 122, the common law is set forth in this fashion:

A constable has no general right of entry into private property for the purpose of obtaining evidence, questioning persons or effecting an arrest; every invasion of private property, however slight, is a trespass, and no person has the right to enter property except by consent or strictly in accordance with some lawful authorisation. A constable is in this regard in no better position than any member of the public and is not entitled to enter premises merely because he suspects that something is amiss even though a reasonable householder might not object to his doing so if the entry were bona fide and no damage was caused. A constable may, however, enter premises to prevent a breach of the peace, and probably to prevent the commission of any offence which he believes to be imminent or likely to be committed.

Davis v. Russell did appear in *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 10, paragraph 636f where it is relegated to a footnote to support the proposition that a policeman, unlike a private person, may arrest on reasonable suspicion of felony. It is not cited, nor is the proposition it supports stated, in the part of that volume dealing with entry on private property to effect arrest (paragraph 647). I would gather the authors of that learned work did not think the case should be followed on that point. Certainly they knew it existed.

pénétrer dans des maisons privées sans mandat. On a plus tard constaté que le dénonciateur avait menti au policier. La constatation de ce fait par la cour a apporté une consolation plutôt mince à la demanderesse, décrite dans le recueil comme une résidente respectable de Cheltenham. L'agent de police a été considéré justifié de faire ce qu'il avait fait et l'action que lui avait intentée la demanderesse a donc été rejetée.

Le sort fait à cet arrêt est intéressant. Je ne l'ai trouvé cité nulle part dans la doctrine de droit criminel anglais. Il n'est pas mentionné non plus dans *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., où le vol. 11, paragraphe 122 énonce ainsi la *common law*:

[TRADUCTION] Un agent de police n'a pas de droit inconditionnel de pénétrer dans une propriété privée dans le but d'obtenir des preuves, de questionner des personnes ou de procéder à une arrestation; toute invasion de la propriété privée, si minime soit-elle, est une intrusion et personne n'a le droit de pénétrer sur une propriété si ce n'est avec le consentement de l'occupant ou en stricte conformité avec une autorisation légale. Sous ce rapport, un agent de police n'est pas plus favorisé qu'un citoyen ordinaire et n'a pas le droit de pénétrer sur des lieux simplement parce qu'il soupçonne quelque chose d'irrégulier, même si un occupant raisonnable ne se serait pas opposé à ce qu'il le fasse si la visite est faite de bonne foi et ne cause pas de dommage. Un agent de police peut cependant pénétrer sur des lieux pour empêcher quelqu'un de troubler la paix et probablement pour empêcher la perpétration de toute infraction qu'il croit imminente ou probable.

L'arrêt *Davis v. Russell* est effectivement signalé dans *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 10, paragraphe 636f, où il est relégué dans une note en bas de page pour étayer la proposition qu'à la différence d'un citoyen ordinaire, un agent de police peut procéder à une arrestation en raison de soupçons raisonnables qu'il y a eu un acte criminel (*felony*). Il n'est pas mentionné, non plus que la proposition qu'il sert à fonder, dans la section de ce volume qui porte sur l'entrée sur une propriété privée pour procéder à une arrestation (paragraphe 647). J'en conclus que les auteurs de ce savant traité n'ont pas estimé que l'arrêt doit être suivi sur ce point. Ils en connaissaient certainement l'existence.

Halsbury's account is in accord with more recent interpretations of the common law. Thus even in *Thomas v. Sawkins*, [1935] 2 K.B. 249 (Div. Ct.), itself strongly criticized (see, *inter alia*, A. L. Goodhart (1936), 6 *Camb. L.J.* 22) for extending the law to permit entry by police onto private premises other than a dwelling in cases where they apprehend a breach of the peace, Avory J. at p. 256, carefully distinguished that case from those where a breach of the peace was not involved; the latter in his view requires express statutory authority to empower the police to enter.

How fully this view of the common law is accepted in England today is evident from the concession in the recent case of *Swales v. Cox*, [1981] 1 All E.R. 1115 (Q.B. Div.), regarding the limits of the power of the police to enter private premises. Donaldson L.J., speaking for himself and Hodgson L.J., thus put it, at p. 1118:

... there was power of entry into premises at common law and, if necessary, power to break doors to do so in four cases, but in four cases only, that is to say by a constable or a citizen in order to prevent murder, by a constable or a citizen if a felony had in fact been committed and the felon had been followed to a house, by a constable or a citizen if a felony was about to be committed, and would be committed, unless prevented, and by a constable following an offender running away from an affray. In any other circumstances there was no power to enter premises without a warrant, and, even in these four cases where there was power not only to enter but to break in in order to do so, it was an essential precondition that there should have been a demand and refusal by the occupier to allow entry before the doors could be broken.

Until recently, then, the better view, as it seems to me, was that at common law entry into private dwellings without a warrant was not permitted to effect an arrest apart from the instances I have mentioned. Both in Canada and in England, however, there had been some extensions to the right of constables to go on private property, other than

L'énoncé dans *Halsbury* est conforme aux interprétations les plus récentes de la *common law*. Même dans l'arrêt *Thomas v. Sawkins*, [1935] 2 K.B. 249 (Div. Ct.), très critiqué (voir, entre autres, A. L. Goodhart (1936), 6 *Camb. L.J.* 22) pour avoir étendu la portée du droit de façon à permettre aux policiers de pénétrer dans des lieux privés autre qu'une habitation lorsqu'ils craignent une violation de la paix, le juge Avory prend soin de distinguer, à la p. 256, ce cas de celui où il ne s'agit pas d'une violation de la paix; la dernière éventualité exige, à son avis, une autorisation expresse de la loi pour permettre aux policiers de pénétrer sur les lieux.

La mesure dans laquelle cette interprétation de la *common law* est aujourd'hui acceptée en Angleterre ressort de la reconnaissance, dans l'arrêt récent *Swales v. Cox*, [1981] 1 All E.R. 1115 (Q.B. Div.), des limites au pouvoir des policiers de pénétrer sur une propriété privée. Le lord juge Donaldson, aux motifs duquel le lord juge Hodgson souscrit, l'exprime ainsi à la p. 1118.

[TRADUCTION] ... il existait, en *common law*, un pouvoir de pénétrer sur des lieux et, si nécessaire, un pouvoir de briser les portes pour le faire dans quatre cas, mais dans quatre cas seulement: c.-à-d. ce pouvoir appartenait à un agent de police ou à un citoyen ordinaire dans le but d'empêcher un meurtre, à un agent de police ou à un citoyen ordinaire si un acte criminel avait été commis et que le criminel ait été poursuivi jusqu'à une habitation, à un agent de police ou à un citoyen ordinaire si un acte criminel était sur le point d'être commis et le serait à moins d'être empêché, et à un agent de police qui poursuit un contrevenant en fuite après une rixe. Dans toutes les autres circonstances, il n'existe pas de droit de pénétrer sur des lieux sans mandat et, même dans ces quatre cas où il existait un pouvoir non seulement de pénétrer mais de briser les portes pour le faire, il était indispensable qu'il y ait eu auparavant demande à l'occupant de la permission d'entrer et refus par ce dernier avant que les portes puissent être brisées.

Donc jusqu'à ces derniers temps, il est plutôt probable, selon moi, que la *common law* ne permettrait pas d'entrer dans une habitation sans mandat pour y procéder à une arrestation si ce n'est dans les cas que je viens de mentionner. Tant au Canada qu'en Angleterre, il y a toutefois eu certaines extensions du droit des policiers de péné-

dwellings, in the exercise of their duty to preserve the peace and to conduct investigations into crimes; see *Thomas v. Sawkins, supra*; *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631.

But no significant change in the common law right of a policeman to enter into a home took place until *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, to which I now turn.

The Recent Decisions

Eccles v. Bourque was decided at a time when the law in countries with traditions similar to our own was being modified to accord greater police powers. In the United Kingdom, the *Criminal Law Act 1967* significantly extended the powers of police officers to enter private premises. In the United States, too, a footnote to *Payton v. New York, supra*, p. 598, n. 46, tells us, no less than twenty-three states, including New York, had enacted statutes authorizing police entry into dwellings without a warrant. I might note, however, that the New York statutes were recently declared unconstitutional by the Supreme Court of the United States in *Payton v. New York, supra*, which held that under the Constitution of that country entry into a private dwelling for the purpose of arresting a person can only be effected by virtue of a warrant or in exigent circumstances. As I will explain, however, I do not think *Eccles v. Bourque* went as far as these statutory provisions.

Eccles v. Bourque was a claim in trespass. The circumstances there were thus described by Dickson J. (now C.J.C.) at p. 741:

The claim of the appellant, Mr. Eccles, is against the respondents, three constables on the Vancouver Police Force, for damages for trespass alleged to have been committed when the police officers entered the apartment occupied by Mr. Eccles in the City of Vancouver at about 4:00 p.m. on August 12, 1971. The constables were in plain clothes but were armed. The purpose of the entry was to apprehend one Edmund Cheese, also known as Billy Deans, for whom there were three out-

trer sur une propriété privée autre qu'une habitation dans l'accomplissement de leur obligation de préserver la paix et de procéder à des enquêtes à propos de crimes; voir *Thomas v. Sawkins*, précité; *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631.

Cependant, il ne s'est pas produit de changement important du droit en *common law* pour un policier de pénétrer dans une habitation jusqu'à l'arrêt *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, que j'analyserai maintenant.

Les arrêts récents

L'arrêt *Eccles c. Bourque* a été rendu à une époque où le droit des pays de traditions semblables aux nôtres était modifié pour accorder de plus grands pouvoirs à la police. Au Royaume-Uni, la *Criminal Law Act 1967* étendait de façon importante les pouvoirs des agents de police de pénétrer dans des lieux privés. Quant aux États-Unis, une note explicative de l'arrêt *Payton v. New York*, précité, p. 598, note 46, nous dit que pas moins de vingt-trois États, dont l'État de New York, ont adopté des lois permettant aux policiers de pénétrer dans des lieux privés sans mandat. Je dois souligner cependant que la Cour suprême des États-Unis a récemment déclaré les lois de l'État de New York inconstitutionnelles dans l'arrêt *Payton v. New York*, précité, statuant qu'en vertu de la Constitution de ce pays on ne peut pénétrer dans une habitation privée dans le but d'arrêter quelqu'un que si on le fait en vertu d'un mandat ou dans des cas d'urgence. Comme je l'expliquerai cependant, je ne crois pas que l'arrêt *Eccles c. Bourque* aille aussi loin que ces dispositions législatives.

L'affaire *Eccles c. Bourque* était une action en dommages-intérêts pour intrusion. Le juge Dickson (maintenant juge en chef du Canada) en expose les faits de la façon suivante à la p. 741:

L'appelant Eccles poursuit les intimés, trois constables de la Sûreté de Vancouver, en dommages-intérêts pour le trespass dont se seraient rendu coupables les officiers de police lorsqu'ils sont entrés dans l'appartement occupé par M. Eccles dans la ville de Vancouver vers 4 heures l'après-midi du 12 août 1971. Les constables étaient en civil mais étaient armés. Ils y venaient appréhender un certain Edmund Cheese, connu également sous le nom de Billy Deans, pour lequel il y avait trois

standing Montreal warrants. Cheese was not found in the apartment. The trial judge, Wootton J., concluded he had not been there or had successfully made his escape, by climbing to the roof of the building from one of the two balconies adjoining the apartment, at the moment of or immediately after the police officers entered. Mr. Eccles was successful at trial. Mr. Justice Wootton awarded him \$300 damages and costs. The Court of Appeal for British Columbia by a majority (Robertson and Taggart J.J.A., with Nemetz J.A. dissenting) reversed. Leave to appeal to this Court was granted by the Court of Appeal for British Columbia.

(Emphasis added.)

This Court dismissed the appeal, holding the constables' entry to be justified.

It must be observed that in that case there were warrants for the arrest of the fugitive, a point that is repeatedly made throughout the case. It is set forth at the very beginning of the judgment in the statement of the facts already given. It is reiterated at p. 743, where after stating the principle in *Semayne's Case* that a man's house is his castle, the qualifications to that principle are stated in the following words:

But there are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed. The criminal is not immune from arrest in his own home nor in the home of one of his friends.

(Emphasis added.)

Again, at p. 745, the following passage appears:

If the police officer has reasonable and probable cause to believe that the person named in the warrant for arrest is in the home of a stranger he has the right, after proper demand, to enter the home forcibly, to search and to arrest. In the present case there can be no doubt the police officers believed and in my view had reasonable and probable grounds for believing that Cheese, or Deans as he was known to Mr. Eccles, was in the Eccles apartment.

(Emphasis added.)

mandats non exécutés qui avaient été délivrés à Montréal. Cheese n'a pas été trouvé dans l'appartement. Le juge de première instance, le juge Wootton, a conclu qu'il n'y était pas présent ou qu'il avait réussi à s'échapper, en grim pant sur le toit de l'immeuble à partir de l'un des deux balcons attenants à l'appartement, au moment où la police a fait son entrée ou immédiatement après. M. Eccles a eu gain de cause en première instance. M. le juge Wootton lui a accordé \$300 en dommages-intérêts et dépens. La Cour d'appel de Colombie-Britannique a infirmé majoritairement (juges Robertson et Taggart, le juge Nemetz était dissident). Autorisation d'appeler à cette Cour a été accordée par la Cour d'appel de Colombie-Britannique.

^a (C'est moi qui souligne.)

Cette Cour a rejeté le pourvoi statuant que l'intrusion des agents de police était justifiée.

^d Il faut observer que dans ce cas-là, il y existait des mandats pour l'arrestation du fugitif, élément qui a été signalé à plusieurs reprises dans l'affaire. Il est mentionné au tout début du jugement dans le récit des faits déjà cité. Il est répété à la p. 743 où, après un énoncé du principe de l'arrêt *Semayne* selon lequel la maison de chacun est son château, les restrictions à ce principe sont énoncées dans les termes suivants:

^e Mais il est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter. Le criminel n'est pas à l'abri d'une arrestation dans son propre foyer ou dans celui d'un de ses amis.

^f (C'est moi qui souligne.)

Puis, aux pp. 745 et 746, on trouve le passage suivant:

^g Si l'agent de police a un motif raisonnable et probable de croire que la personne dénommée dans le mandat d'arrestation est dans le foyer d'un tiers il a le droit, après demande régulière, d'entrer par la force, aux fins de rechercher et d'arrêter. Dans la présente affaire il ne peut y avoir de doute que les agents de police croyaient, et à mon avis avaient des motifs raisonnables et probables de croire, que Cheese, ou Deans comme il était connu de M. Eccles, se trouvait dans l'appartement d'Eccles.

^j (C'est moi qui souligne.)

This constant repetition of the existence of a warrant indicates the importance of this fact to the coram that decided the case. As I read it, then, the manner in which *Eccles v. Bourque* really differs from other cases of entry on the basis of a warrant is that the attempted arrest occurred in British Columbia but the warrants had been issued in Montreal and were not endorsed for use in British Columbia as required by the *Criminal Code*. As well, the warrants were not in the possession of the constables when the entry was made.

The case, therefore, undoubtedly constituted an extension of the law by ignoring some of the requirements for the arrest of a person against whom a warrant has been issued. But these in the context may have been looked upon by the court as technical omissions. It anticipated in a sense the recent recommendation of the Law Reform Commission of Canada that there should be Canada-wide warrants; see *Arrest*, Working Paper 41, p. 118, Recommendation 20. There was no question raised in that case that an offence had been committed or that warrants has been issued. The real question, as the last cited passage seems to denote, was whether there were reasonable and probable grounds for believing the fugitive was in Mr. Eccles' house.

Justification for overlooking some of the technical requirements of the *Code* may be found in the fact that, as the judgement states on several occasions, the person sought was a fugitive. Fugitives from justice are frequently treated differently from other offenders. The most obvious example is arrest on hot pursuit. Reference may also be made to extradition law where, in addition to the relaxation of rules required by statutes regarding the form of evidence, the courts have frequently stated that the technical rules of criminal law should apply only in a limited sense. This approach has been followed in various areas seriously affecting

Ces fréquents rappels de l'existence d'un mandat indiquent l'importance de ce fait pour les juges qui ont entendu l'affaire. Selon mon interprétation, la différence essentielle entre l'affaire *Eccles c. Bourque* et les autres affaires d'entrée dans des lieux en vertu d'un mandat tient à ce que la tentative d'arrestation s'est produite en Colombie-Britannique alors que les mandats avaient été lancés à Montréal et n'avaient pas été visés pour utilisation en Colombie-Britannique comme l'exige le *Code criminel*. De plus, les agents n'avaient pas les mandats en main lorsqu'ils ont pénétré dans les lieux.

Donc, l'arrêt constitue indubitablement une extension de la portée du droit en ne tenant pas compte de certaines des conditions requises pour l'arrestation d'une personne contre laquelle un mandat a été lancé. Mais la Cour peut avoir considéré ces omissions, étant donné le contexte, comme des omissions de forme. Dans un certain sens, elle a pris de l'avance sur la recommandation récente de la Commission de réforme du droit du Canada d'instituer des mandats exécutoires partout au Canada. Voir *L'Arrestation*, document de travail 41, p. 133, recommandation 20. Il n'a pas été contesté dans cette affaire qu'une infraction avait été commise ou que des mandats avaient été lancés. La question véritable, comme le dernier passage semble l'indiquer, était de savoir s'il y avait des motifs raisonnables et probables de croire que le fugitif se trouvait chez M. Eccles.

La justification de ne pas tenir compte de certaines exigences de forme du *Code* peut tenir à ce que, comme les motifs du jugement le mentionnent à plusieurs reprises, la personne recherchée était un fugitif. Les personnes qui fuient la justice sont souvent traitées différemment des autres contrevenants. L'exemple le plus patent est l'arrestation du fugitif alors qu'on l'a pris en chasse. On peut aussi signaler les lois d'extradition à l'égard desquelles, en plus de ne pas appliquer toute la rigueur des règles établies par les textes de loi à l'égard de la preuve, les tribunaux ont souvent affirmé que les règles formelles du droit criminel ne devaient s'appliquer que de façon limitée. Cette façon de voir a été appliquée à divers domaines, ce qui a gravement porté atteinte à la liberté des

the liberty of the subject, including the more ready refusal to grant bail, among others.

Two Canadian Courts of Appeal have understood the application of *Eccles v. Bourque* to be limited to arrest by warrant. The majority of the Court of Appeal of Ontario obviously did so in the present case. And in *R. v. Custer*, [1984] 4 W.W.R. 133, at p. 142, Bayda C.J., giving the unanimous opinion of the Saskatchewan Court of Appeal, had this to say:

It is plain that the case does not fall within the common law exception applied by the Supreme Court of Canada in *Eccles*, the ratio decidendi of which I understand to be this: if a police officer has reasonable and probable cause to believe that the person named in a warrant for arrest is in the home of a stranger, the officer has the right, after proper demand, to enter the home forcibly, to search and to arrest.

I agree with the members of these courts that *Eccles v. Bourque* simply gives a restricted power to police officers to enter a person's home when they reasonably believe a person for whom a warrant of arrest has been issued is there. I do not think it should be broadly interpreted so as to authorize entry into a dwelling whenever the police believe on reasonable grounds that a person has committed an offence and that he is in that dwelling. Several cases decided in this Court underline that the principle that a man's home is his castle remains solidly imbedded in the law; see *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, esp. at p. 657; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697, esp. at pp. 707-09. And, as I will attempt to demonstrate, if the broad view of *Eccles v. Bourque* is taken, that principle is fatally weakened.

Of the cases just mentioned, only *Colet* needs attention here. It highlights the importance we attach to the integrity of the home in this country. There police officers were authorized by warrant to seize certain weapons in the possession of Colet who had made it known that he would forcefully resist entry by city employees to "clean up" his

citoyens, notamment par le refus plus courant du cautionnement.

Deux cours d'appel canadiennes ont compris que l'arrêt *Eccles c. Bourque* s'appliquait seulement aux arrestations avec mandat. La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, l'a fait en l'espèce. Dans l'arrêt *R. v. Custer*, [1984] 4 W.W.R. 133, à la p. 142, le juge en chef Bayda, qui a rédigé l'avis unanime de la Cour d'appel de la Saskatchewan, dit ceci:

[TRADUCTION] Il est manifeste que l'affaire n'appartient pas à l'exception de *common law* appliquée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Eccles* qui, selon moi, affirme essentiellement ceci: si un agent de police a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne nommée dans un mandat d'arrestation se trouve au domicile de quelqu'un d'autre, l'agent a le droit, après demande en règle, d'entrer de force dans la maison pour perquisitionner et procéder à l'arrestation.

Je partage l'avis des juges de ces cours que l'arrêt *Eccles c. Bourque* accorde simplement aux policiers un pouvoir restreint de pénétrer chez quelqu'un lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrestation s'y trouve. Je ne crois pas qu'il faille interpréter l'arrêt libéralement de manière à permettre aux policiers de pénétrer chez quelqu'un chaque fois qu'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction et qu'elle se trouve dans cette maison. Plusieurs arrêts de cette Cour soulignent que le principe selon lequel la maison de chacun est son château reste fermement inscrit dans le droit; voir *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, plus précisément à la p. 657; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, plus précisément aux pp. 707 à 709. De plus, comme j'essaierai de le démontrer, si l'on interprète l'arrêt *Eccles c. Bourque* de façon libérale, ce principe perd alors presque toute sa force.

Des arrêts mentionnés ci-dessus, il est nécessaire de s'arrêter à l'arrêt *Colet* seulement. Il souligne l'importance que nous attachons au Canada à l'intégrité du foyer. Des agents de police avaient été autorisés par mandat à saisir certaines armes que Colet avait en sa possession après qu'il eut déclaré qu'il résisterait par la force à la venue des

property, including the destruction of a rudimentary shelter he called his home. Armed with the warrant, the police attempted to enter his home but they were met with strong resistance, which culminated in Colet's being charged with five counts, including attempted murder and intending to cause bodily harm. Colet was, however, acquitted. The Court, inspired by the principle in *Semayne's Case*, interpreted the relevant provisions of the *Code* restrictively to hold that the authorization to seize did not include the right to enter and search Colet's home even though it was obvious from the facts that the firearms sought were known to be there.

The case was not, of course, dealing with precisely the same subject-matter as *Eccles v. Bourque* but (if one adopts a broad view of *Eccles*) one must agree with the comment of the Law Reform Commission in *Arrest, supra*, at p. 114:

While the court was dealing with very different factual situations and was applying different sources of law in each case, allowing them to be distinguished for these reasons, the approaches to the problem of the power of police forcibly to enter private premises to carry out duties are based on widely diverging premises, methods and values.

Indeed, as it further noted at p. 116:

Entry to effect an arrest has potentially greater repercussions for the liberty of the individual than does entry for the purposes of searching for evidence of offences, and it is difficult to see how the protections surrounding the former should be less stringent than those for the latter as is presently the case.

The underlying values in the two judgments become reconcilable and more coherent if one adopts the view of *Eccles v. Bourque* I have advanced in the present case.

The *Colet* case itself contains statements that may conceivably be interpreted as supportive of a broad as well as a restrictive view of *Eccles*. Thus

employés de la ville pour «nettoyer» sa propriété et démolir un abris rudimentaire qu'il considérait comme sa maison. Munis d'un mandat, les policiers ont voulu pénétrer chez lui, mais ils se sont heurtés à une résistance ferme, qui a abouti à l'inculpation de Colet relativement à cinq chefs d'accusation, dont tentatives de meurtre et tentatives de causer des lésions corporelles. Colet a cependant été acquitté. Cette Cour, se fondant sur le principe de l'arrêt *Semayne*, a interprété les dispositions pertinentes du Code de façon restrictive et conclu que l'autorisation de saisir ne comportait pas le droit de pénétrer chez Colet et d'y perquisitionner même s'il était évident, d'après les faits, que les armes recherchées s'y trouvaient.

L'affaire ne portait évidemment pas précisément sur la même question que l'arrêt *Eccles c. Bourque*, mais (si l'on donne une interprétation large à l'arrêt *Eccles*) il faut être d'accord avec le commentaire du document de travail de la Commission de réforme du droit intitulé *L'Arrestation*, précité à la p. 129:

Même s'il s'agissait de situations de fait fort différentes, et que la source des pouvoirs en cause fût également différente, ce qui du reste a permis à la Cour de distinguer les deux affaires, la façon d'aborder le problème du pouvoir de la police de s'introduire par la force dans une propriété privée pour s'acquitter de ses fonctions repose sur des prémisses, des méthodes et des valeurs très divergentes.

On signale aussi aux pp. 131 et 132:

Les répercussions que peut avoir l'entrée par la force sur la liberté d'une personne sont plus grandes lorsqu'il s'agit d'une arrestation que dans le cas d'une perquisition visant à recueillir les preuves d'une infraction. Il est par conséquent difficile d'imaginer au nom de quel principe les mécanismes de protection applicables devraient être moins rigoureux en matière d'arrestation qu'en matière de perquisition, comme cela est actuellement le cas.

Les valeurs qui fondent les deux arrêts deviennent conciliables et plus cohérents si l'on adopte l'interprétation de l'arrêt *Eccles c. Bourque* que j'ai proposée en l'espèce.

L'arrêt *Colet* lui-même comporte des énoncés qu'on peut effectivement interpréter comme étayant aussi bien une interprétation large qu'une

the following passage at the top of p. 9 may possibly be looked upon as supporting a broad approach:

This makes it clear that Mr. Justice Dickson was limiting his remarks to occasions when the house of the individual is entered against his will by police officers in search of a fugitive from justice whose *arrest* they consider to be justified.

But even here, it should be observed, Ritchie J. confined his remarks to a fugitive from justice. And later on the same page, he adds the following passage that denotes the restrictive attitude towards entry into a person's home that prevailed in that case:

All sections of the *Criminal Code* are presumably enacted "in the public interest" and it would in my view be dangerous indeed to hold that the private rights of the individual to the exclusive enjoyment of his own property are to be subject to invasion by police officers whenever they can be said to be acting in the furtherance of the enforcement of any section of the *Criminal Code* although they are not armed with express authority to justify their action.

That approach is, of course, relevant here, given the vagueness of the *Criminal Code* regarding the spatial limits of the power to arrest.

Policy Considerations

As has been seen the common law sets a high value on the security and privacy of the home. The situations where it permitted entry by police without the consent of the owner or occupier were all demonstrably compelling. For example, entry to prevent murder is obviously justified. So too is entry on hot pursuit. Apart from the obvious practicality of that approach, in the case of hot pursuit the police officer is himself cognizant of the facts justifying entry; he acts on the basis of personal knowledge. Obviously, too, entry on the basis of a warrant is essential to a properly functioning system of criminal justice. The state must in the end have power to prevent criminals from eluding justice by retreating to a private home.

interprétation restrictive de l'arrêt *Eccles*. Ainsi l'extrait suivant tiré de la p. 9 peut être considéré comme étayant l'interprétation large:

Il est évident que le juge Dickson limitait ses observations aux cas où des policiers, à la recherche d'un fugitif qu'ils estiment avoir des motifs d'*arrêter*, pénètrent dans la maison d'une personne contre son gré.

Mais même ici, il faut souligner que le juge Ritchie a limité ses observations au cas d'une personne qui fuit la justice. Plus loin, à la même page, il ajoute le passage suivant qui dénote une attitude restrictive à l'égard de l'entrée dans la maison de quelqu'un qui a été adoptée dans cette affaire-là:

On présume que tous les articles du *Code criminel* sont adoptés «dans l'intérêt public» et, à mon avis, il serait très dangereux de conclure que les droits privés d'une personne à la jouissance exclusive de sa propriété doivent être assujettis au droit des policiers d'y entrer de force chaque fois qu'ils prétendent agir en vue d'appliquer un article du *Code criminel*, même s'ils ne sont pas munis d'une autorisation expresse qui justifie leurs actes.

Cette façon de voir s'applique évidemment à l'espèce étant donné l'imprécision du *Code criminel* pour ce qui est des limites, dans l'espace, du pouvoir de procéder à une arrestation.

Considérations de principe

Comme nous l'avons vu, la *common law* attache un grand prix à la sécurité et au caractère privé du foyer. Les situations où elle autorisait l'entrée de policiers sans le consentement du propriétaire ou de l'occupant étaient toutes des cas où il était évident que l'entrée s'imposait. Par exemple, l'entrée pour prévenir un meurtre est manifestement justifiée. De même l'entrée alors qu'on a pris le fugitif en chasse. Outre la nature manifestement pratique de cette façon d'aborder la question lorsque l'agent de police a pris quelqu'un en chasse, il a lui-même connaissance des faits qui justifient l'entrée; il agit en vertu d'une connaissance personnelle. Manifestement aussi, l'entrée en vertu d'un mandat est essentielle au bon fonctionnement du système de justice pénale. L'État doit, en fin de compte, avoir la possibilité d'empêcher les criminels de se soustraire à la justice en cherchant refuge dans une maison privée.

The latter reasoning can, of course, be used to support the thesis that a police officer may enter, break into and stay in a private home uninvited and without warrant on the basis of reasonable and probable cause. But it fails to consider the advantage of a warrant which interposes a judicial officer—a person not professionally interested in law enforcement and not directly involved in the particular issue—into the process. The scrutiny exercised by the judicial officer may not be extensive, but the mere fact that a police officer must attempt to persuade a third party that he has a reasonable and probable cause to effect entry into a private dwelling requires some reflection on the necessity of breaching such a fundamental tenet of our society as the sanctity of the home. The warrant also announces in a symbolic way, one traditionally recognized by the public, that it is the state that authorizes entry under law. In *Eccles v. Bourque*, a warrant for the fugitive had been issued even though it may not have met the endorsement requirements of the *Code*.

From the *Eccles* case, we are asked to take a further step and hold that when a police officer has reasonable and probable cause to believe a person has committed an indictable offence, he may enter into a private home, apparently at any time of day or night, if he also has reasonable and probable cause to believe a suspect is there.

Let me first say something about the vagueness of the proposed test of “reasonable and probable cause” and the consequential danger of giving the police power to enter into a private dwelling on that basis. The expression, no doubt, comprises something more than mere surmise, but determining with any useful measure of precision what it means beyond that poses rather intractable problems both for the police and the courts. If the principle in *Eccles v. Bourque* is to be extended to permit forcible entry into private homes, for the purpose of making arrests simply on the basis that a police officer has reasonable and probable cause, then as the Law Reform Commission put it in its

Ce dernier raisonnement peut bien sûr servir à étayer la thèse qu’un agent de police peut pénétrer dans une maison privée, y entrer par effraction et y demeurer sans le consentement de l’occupant et sans mandat sur la foi de motifs raisonnables et probables. Ce raisonnement ne tient cependant pas compte de l’avantage du mandat qui interpose dans le processus un officier de justice—une personne qui n’a pas d’intérêt professionnel à l’application de la loi et qui n’est pas directement impliquée dans la question particulière. L’examen pratiqué par l’officier de justice peut ne pas être approfondi, mais le seul fait qu’un agent de police doit tenter de persuader un tiers qu’il a des motifs raisonnables et probables de pénétrer dans une habitation privée exige une certaine réflexion sur la nécessité de violer un principe aussi fondamental de notre société qu’est le caractère sacré du foyer. Le mandat indique également d’une façon symbolique, traditionnellement reconnue par le public, que c’est l’État qui autorise l’entrée en vertu de la loi. Dans l’arrêt *Eccles c. Bourque*, un mandat contre le fugitif avait été lancé même s’il pouvait ne pas satisfaire à toutes les conditions de visa prévues au *Code*.

On nous demande d’aller un cran plus loin que l’arrêt *Eccles* et de statuer que lorsqu’un agent de police a des motifs raisonnables et probables de croire qu’une personne a commis un acte criminel, il peut pénétrer dans une maison privée, apparemment à toute heure du jour ou de la nuit, s’il a aussi des motifs raisonnables et probables de croire qu’un suspect s’y trouve.

Qu’il me soit permis de faire un commentaire sur l’imprécision du critère proposé des « motifs raisonnables et probables » et du danger en découlant d’accorder à la police le pouvoir de pénétrer dans une maison privée sur ce fondement. L’expression vise sans nul doute quelque chose d’autre qu’une simple supposition, mais en déterminer le sens avec une précision qui la rendrait utile pose des problèmes insurmontables tant pour les policiers que pour les tribunaux. Étendre le principe exprimé dans l’arrêt *Eccles c. Bourque* de manière à permettre l’entrée par la force dans une maison privée pour y procéder à des arrestations simplement sur la foi de motifs raisonnables et probables

working paper on *Arrest, supra*, at p. 115, it would allow him a “wide latitude based on vague, sometimes contradictory statements which provide police with few guidelines, individuals with few definable rights, and courts with little means of control”; see also John Manley’s comment on *Eccles v. Bourque* in (1975), 7 *Ottawa L. Rev.* 649, at p. 656. I have found nothing in the cases or in learned commentaries that gives much assistance in giving more precision to the concept, the situations being so various. Because of the vagueness of the discretion it gives a police officer, that discretion is virtually uncontrollable. Small wonder, then, that the Law Reform Commission recommended the statutory reaffirmation of the traditional position.

I shall attempt to underline the inherent difficulties of the situation by reference to the facts of this case. The police had no personal knowledge of the alleged crime. They received a phone call from a public transit officer who had seen two youths enter a parked jeep, one of whom the informant alleged was drunk. He later reported he saw them walking through a parking lot, trying to open car doors. He parked his car, called the police on his car radio and then saw the youths enter an apartment building nearby. On arrival, the police found the jeep had backed down a hill and was standing against a retaining wall with the lights on.

On the basis of this, how can a court at third hand do anything but hold that there were reasonable and probable grounds to believe the youths may have committed attempted theft? How can one second-guess the policemen on such matters, for example, as the reliability and credibility of the informant? Informants can be unreliable; indeed as *Davis v. Russell, supra*, shows, they can be relating false tales for their own purposes.

de la part de l’agent de police équivaldrait, comme le dit la Commission de réforme du droit dans son document de travail intitulé *L’Arrestation*, précité, à la p. 130, à lui accorder une «latitude relativement large reposant sur des principes vagues, voire contradictoires, qui ne sont pas très utiles pour guider la police, pour définir les droits des citoyens, ni pour fournir des moyens de contrôle aux tribunaux»; voir également le commentaire de John Manley sur l’arrêt *Eccles c. Bourque* (1975), 7 *Ottawa L. Rev.* 649, à la p. 656. Je n’ai rien trouvé ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine, qui permette d’apporter plus de précision au concept en raison de la variété des circonstances. À cause de l’imprécision du pouvoir discrétionnaire qu’il confère à un agent de police, ce pouvoir discrétionnaire est quasiment incontrôlable. Il est donc peu étonnant que la Commission de réforme du droit ait recommandé de confirmer par législation la position traditionnelle.

J’essaierai de souligner les difficultés inhérentes à la situation en prenant comme exemple les faits de l’espèce. Les policiers n’avaient pas de connaissance personnelle de l’infraction alléguée. Ils ont reçu un appel téléphonique d’un agent du transport en commun qui avait vu deux adolescents entrer dans une jeep en stationnement; selon l’informateur, un des deux était en état d’ébriété. Il a plus tard déclaré qu’il les avait vu marcher dans un terrain de stationnement et essayer d’ouvrir les portières des voitures. Il a stationné sa voiture, appelé la police grâce à la radio de sa voiture et a ensuite vu les jeunes entrer dans un immeuble d’appartements situé tout près. À leur arrivée, les policiers ont constaté que la jeep avait reculé dans une pente et était appuyée contre un mur de soutènement avec les phares allumées.

En fonction de ces faits, comment une cour, venant en troisième lieu, peut-elle faire autrement que conclure qu’il y avait des motifs raisonnables et probables de croire que les adolescents pouvaient avoir commis une tentative de vol? Comment peut-on faire mieux que les policiers à cet égard, par exemple quant à la fiabilité et à la crédibilité de l’informateur. Les informateurs peuvent ne pas être fiables; comme le démontre l’arrêt *Davis v. Russell*, précité, ils peuvent raconter des histoires pour servir leurs propres fins.

Apart from flagrant cases, I seriously doubt that the courts can exercise any effective control over the exercise of police discretion in such cases. So far as arrests in public places are concerned, I do not quarrel with the existence of this discretion. The police's job of maintaining the peace and enforcing the criminal law is difficult enough without fearing being regularly "second-guessed" about every mistake of judgment in such circumstances. But if I agree that a police officer should be able on evidence such as existed here to arrest a suspect in a public place, I do not think it reasonable that he should be permitted to enter a private home without consent unless he has a warrant permitting him to do so. Invasion of a person's home, in circumstances like these, is too high a price to pay to prevent the possible escape of some criminals, especially for non-violent crimes like the one alleged in the present case. Not only would such a practice invade the owner's security and privacy; it would often lead to violence as the facts of this case attest. This can, in my view, be even more likely where the owner of the home is not the suspected offender. All the more so if, as happened in *Eccles v. Bourque*, the police are not in uniform.

The danger is not lessened by the fact that despite reasonable and probable belief on the part of the police that an offence has been committed, there may not have been any offence committed at all, a matter that may, if his home is broken into, make the homeowner all the more irate. That police intrusion may occur when no offence in fact been committed is evident from *Davis v. Russell, supra*. Indeed, in the present case it is far from clear that the accused had committed attempted theft. The account by the two youths under oath that they were walking home from an entertainment establishment and went into the jeep out of curiosity while walking home is not implausible. They were quite close to home. They were seventeen or eighteen, they had been drinking and, they said, they had never seen a jeep like the

À part les cas patents, je doute beaucoup que les tribunaux puissent exercer une surveillance efficace sur l'usage du pouvoir discrétionnaire des policiers dans ces affaires. En matière d'arrestations faites dans des endroits publics, je ne conteste pas l'existence de ce pouvoir discrétionnaire. Le travail des policiers qui consiste à maintenir la paix et à appliquer le droit criminel est déjà assez difficile sans qu'ils craignent que chaque erreur de jugement commise dans ces circonstances soit régulièrement repensée. Mais si je conviens qu'un agent de police devrait pouvoir, avec des preuves comme celles qui existaient en l'espèce, arrêter un suspect dans un endroit public, je ne crois pas raisonnable de lui permettre de pénétrer dans une maison privée sans le consentement de l'occupant à moins qu'il n'ait un mandat qui l'autorise à le faire. L'intrusion chez quelqu'un, dans des circonstances comme celles-ci, constitue un prix trop élevé à payer pour prévenir la fuite possible de certains criminels, spécialement dans le cas de crimes non violents comme celui dont il est question ici. Non seulement une telle pratique constitue une atteinte à la sécurité et à la vie du propriétaire, elle est susceptible de dégénérer en violence comme les faits de l'affaire le démontrent. Cette situation est, à mon avis, encore plus susceptible de se produire si le propriétaire de la maison n'est pas le contrevenant recherché. Elle est d'autant plus probable si, comme dans l'affaire *Eccles c. Bourque*, les policiers ne sont pas en uniforme.

Le danger n'est pas réduit par le fait que, en dépit des soupçons raisonnables et probables de la police qu'il y a eu infraction, il peut ne pas y avoir eu d'infraction du tout, ce qui peut augmenter la colère du propriétaire dont le domicile est forcé. Que cette intrusion de la police puisse se produire lorsqu'en réalité il n'y a eu aucune infraction ressort de l'arrêt *Davis v. Russell*, précité. Même en l'espèce, il est loin d'être évident que l'accusé a commis une tentative de vol. La version sous serment des deux adolescents, selon laquelle ils sont entrés dans la jeep par curiosité en revenant à pied d'un spectacle n'est pas invraisemblable. Ils étaient tout près de chez eux. Ils avaient dix-sept ou dix-huit ans, ils avaient bu et ils ont dit qu'ils n'avaient jamais vu une jeep comme celle-là et ont voulu l'examiner de plus près. Ils ont nié avoir

one in question and wanted to see what it looked like. They denied having attempted to open cars in the parking lot and said they were merely walking between them through the parking lot. It is interesting that they were never charged with the alleged attempted theft for which entry was made into the apartment.

What of the identification of the accused and the place where they were going? The informant had advised the police that the accused had walked into an apartment building nearby, but did not identify the apartment. One of the police, Constable Handy, testified that as he approached the front door of the building, he saw two individuals matching the description of the two youths in a basement apartment. And what was that description? According to the informant, the persons concerned were about eighteen, one was dark and was noticeably drunk (though the police testified that this was not so), one wore a denim jacket and the other a dark one (the police said it was red). I have no doubt from this that the police officer could have reasonable grounds for believing that the youths were the suspects and, as it turned out he was right. But with that description, the chances of a mistake are not inconsiderable.

Those chances are too great for one to support the rule of law argued for in this case. From the vantage of a court, which is supposed to exercise control over police discretion, the identification is extremely vague. The number of youths who could answer that description must be very high. Only those present at the time can really make an assessment. Control by the courts under those circumstances, therefore, becomes very limited.

I draw no comfort from the fact that the proposed extension of *Eccles v. Bourque* could be limited to indictable offences. As anyone familiar with the criminal justice system knows, even serious indictable offences can arise out of fact situations that are not really that serious. So far as the crime alleged here, which is non-violent, the *Code* itself (s. 450(2)(a)) attempts to discourage arrest

essayé de pénétrer dans des automobiles dans le stationnement et ont dit qu'ils circulaient seulement entre les automobiles stationnées. Il est utile de remarquer qu'ils n'ont jamais été inculpés de la tentative de vol pour laquelle il y a eu entrée dans l'appartement.

Qu'en est-il de l'identification des accusés et de l'endroit où ils se dirigeaient? L'informateur a indiqué aux policiers que les accusés étaient entrés dans un immeuble d'appartements situé tout près, mais il n'a pas désigné l'appartement. Un des agents, l'agent Handy, a témoigné que, comme il s'approchait de la porte d'entrée de l'immeuble, il a vu deux personnes, qui correspondaient à la description des deux adolescents, dans un appartement du sous-sol. Et quelle était cette description? Selon l'informateur, les personnes en cause avaient environ dix-huit ans, l'un avait le tein foncé et était visiblement ivre (bien que les policiers eussent témoigné qu'il ne l'était pas), l'un portait un veston en denim et l'autre un veston foncé (les policiers ont témoigné que le veston était rouge). Je ne doute pas, d'après ces renseignements, que l'agent de police pouvait avoir des motifs raisonnables de croire que les adolescents étaient les suspects et, en fin de compte, il avait raison. Mais, avec cette description, les risques d'erreur ne sont pas négligeables.

Ces risques sont trop grands pour qu'on puisse appuyer la règle de droit plaidée en l'espèce. Du point de vue d'un tribunal, qui est censé exercer un contrôle sur le pouvoir discrétionnaire de la police, l'identification est extrêmement vague. Le nombre d'adolescents qui peuvent correspondre à cette description doit être très grand. Seuls ceux qui sont présents sur les lieux peuvent vraiment tirer une conclusion. Le contrôle par les tribunaux dans ces circonstances devient donc très limité.

Que l'extension du principe de l'arrêt *Eccles c. Bourque* puisse se limiter aux actes criminels ne me rassure pas. Ainsi que tous ceux qui connaissent bien le système de justice criminelle le savent, même des actes criminels graves peuvent découler de situations de fait qui ne le sont pas tellement. Pour ce qui est d'un crime non violent comme celui imputé en l'espèce, le *Code* lui-même (al.

without warrant by enjoining police officers not to do so unless the public interest otherwise requires it. I might also add that a number of crimes can be prosecuted by indictment or on summary conviction at the option of the prosecutor. The choice could be made with a view to making a previous entry into a private dwelling legal.

Another type of problem has been suggested by Professor Alan Grant in a comment on "The Supreme Court of Canada and the Police: 1970-76" (1978), 20 *Crim. Law Q.* 152, at p. 163. If the decision is given a broad meaning, he states:

... then it may herald an end to the police ever seeking search warrants, for example, to look for stolen property. There can be few cases where there are reasonable and probable grounds to believe that stolen property is being kept at premises which will not at the same time be capable of supporting a belief that someone on the premises is reasonably and probably believed to be committing the offence of being in possession of stolen property (Code ss. 312 and 313) for which there will be a power of arrest under Cr. Code s. 450(1).

The truth is that to extend the rule in *Eccles* to a case like the present would amount to giving the police an almost unfettered discretion to break into a home by day or night whenever they seriously suspect an indictable offence has been committed and that the perpetrator is there.

But, it may be countered, the alternative is that a house may become a permanent sanctuary for a criminal, since there are no search warrants for persons as opposed to things. There are several answers to this. To begin with, I doubt if there would be many cases where a person would remain indefinitely in a house, thereby creating a prison of his own making. And if there is need to have search warrants for persons, the answer is simple: Parliament can provide for it as several commentators have suggested; see, for example, Grant, *supra*, p. 164. Finally, good police work can easily overcome the problems in most cases. In the present case, for example, one of the youths was at home. It would not have required very sophisticat-

450(2)a) tend à déconseiller l'arrestation sans mandat en ordonnant aux agents de police de ne pas le faire à moins que l'intérêt public ne l'exige. J'ajouterais aussi qu'un bon nombre d'actes criminels peuvent donner lieu, au choix du poursuivant, à une poursuite par voie de mise en accusation ou par déclaration sommaire de culpabilité. Le choix pourrait être fait dans le but de rendre légale une entrée déjà réalisée dans une habitation privée.

Le professeur Alan Grant signale une autre source de problèmes dans un commentaire intitulé «The Supreme Court of Canada and the Police: 1970-76» (1978), 20 *Crim. Law Q.* 152, à la p. 163. Si l'on donne un sens large à l'arrêt, il signale: [TRADUCTION] ... cela peut annoncer la fin de l'obligation pour les policiers de demander des mandats de perquisition, par exemple, pour rechercher des biens volés. Il y a peu de cas où l'existence de motifs raisonnables et probables de croire que des biens volés sont gardés dans un endroit ne justifie pas en même temps de croire que quelqu'un sur les lieux est, selon toute probabilité, en train de commettre l'infraction d'avoir des biens volés en sa possession (art. 312 et 313 du Code) en raison de laquelle il y aura pouvoir de procéder à l'arrestation en vertu du par. 450(1) du Code criminel.

En réalité, étendre la règle de l'arrêt *Eccles* à un cas semblable à l'espèce équivaldrait à accorder à la police un pouvoir discrétionnaire presque illimité de pénétrer par effraction dans une maison privée de jour ou de nuit chaque fois qu'elle croit sérieusement qu'une infraction punissable par voie de mise en accusation y a été commise et que son auteur s'y trouve.

On peut cependant objecter que dans le cas contraire une maison peut devenir un refuge permanent pour un criminel puisqu'il n'y a pas de mandat de perquisition à l'égard des personnes comme il y en a à l'égard des choses. Il y a plusieurs façons de répondre à cette objection. D'abord, je doute qu'il y ait de nombreux cas où une personne resterait indéfiniment dans une maison de manière à s'emprisonner elle-même. S'il est nécessaire de créer des mandats de perquisition à l'égard des personnes, la réponse est simple: le législateur peut y pourvoir ainsi que de nombreux commentateurs l'ont proposé: voir, par exemple, Grant, précité à la p. 164. Enfin, de bonnes méthodes policières peuvent facilement remédier à ces

ed police work to locate the other the next day, and their identification as the persons who committed the alleged attempted theft could not have been more unreliable than it is at present. Such an approach would obviate the temptation that a suspected person and others may have to resist when disturbed at home; the not unlikely violent consequences that can ensue would thus be avoided.

In truth, though, there is a fallacy in approaching the matter on the basis of a single case. Even if one concedes that some suspects may escape owing to the principle that a man's home is his castle, this has to be weighed against the danger of giving up a well-known and long recognized right devised for the protection of individual security and privacy against state power. The wide, vague, and virtually uncontrollable discretion one would be giving police officers creates a greater danger to the sanctity of the home than the danger that criminals would otherwise escape. For my part, I share the skepticism of the Supreme Court of the United States in *Payton v. New York*, *supra*, at p. 602 that law enforcement has suffered because the police have been unable to enter a home to effect arrest apart from the narrow common law exceptions. No evidence to establish this point was forthcoming in the *Payton* case, although it has long been the practice of the Supreme Court of the United States to consider evidence of this nature.

On the other hand, on the basis of the limited experience we have had with entries into homes without warrant, we know that errors are inevitable. In *Davis v. Russell*, we saw, no crime had been committed. That may well be so in the present case. Only in *Eccles v. Bourque* can we be certain a crime had been committed before entry, but then there was a warrant in that case. We daily permit accused who are almost certainly guilty to go free in the interest of ensuring that no innocent person shall be punished. The procedure

difficultés dans la plupart des cas. En l'espèce par exemple, un des adolescents était chez lui. Il n'aurait pas fallu un travail policier très poussé pour retrouver l'autre le lendemain; de plus leur identification comme auteurs de la tentative de vol alléguée n'aurait pas pu être plus incertaine qu'elle ne l'est actuellement. Cette pratique enlèverait au suspect et aux autres la tentation de résister lorsqu'elles sont importunées chez elles; les conséquences violentes prévisibles qui en découlent pourraient ainsi être évitées.

En vérité, il y a une certaine fausseté à analyser la question en fonction d'une seule affaire. Même si l'on reconnaît que certains suspects peuvent s'échapper à cause de l'application du principe que la maison de chacun est son château, il faut évaluer cette possibilité en regard du danger d'abandonner un droit ancien et bien connu, établi dans le but de protéger la sécurité et la vie privée des personnes contre le pouvoir de l'État. Le pouvoir discrétionnaire étendu, vague et pratiquement incontrôlable que l'on accorderait aux agents de police mettrait plus sérieusement en danger le caractère sacré du foyer que celui de voir, dans le cas contraire, des criminels s'enfuir. Pour ma part, je partage les doutes exprimés par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Payton v. New York*, précité, à la p. 602, que l'application du droit a été entravée parce que les policiers ne pouvaient pas pénétrer chez quelqu'un pour procéder à une arrestation dans les cas autres que les exceptions spécifiques prévues par la *common law*. On n'a pas soumis d'élément de preuve tendant à établir ce point dans l'arrêt *Payton*, bien que la Cour suprême des États-Unis tienne compte depuis longtemps d'éléments de preuve de cette nature.

D'autre part, en raison de l'expérience limitée que nous avons des entrées dans des maisons faites sans mandat, nous savons qu'il est inévitable que des erreurs se produisent. Dans l'affaire *Davis v. Russell*, nous l'avons vu, aucune infraction n'avait été commise. Il pourrait bien en être de même en l'espèce. Dans l'affaire *Eccles c. Bourque* seulement nous pouvons être certains qu'il y avait eu infraction avant l'entrée, mais il y avait un mandat dans ce cas-là. Tous les jours nous laissons la liberté à des prévenus qui sont presque certaine-

argued for would inevitably result in some people who are certainly innocent bearing the burden of a rule which it has yet to be demonstrated would achieve any measurable improvement in law enforcement.

I do not think we would be assisting the police in the difficult task they are faced with by increasing their rights of entry into private homes in the manner contended for here. We would be giving them a very vague rule for action. In situations like this, they need the clearest possible rules. At present the rule is clear. Absent well recognized and widely supported exceptions, they may not enter private homes. These exceptions apart, their authority ends at the door. That rule protects them and the public from violence.

Moreover, I do not think it is wise to place the police in situations where they are called upon to breach such a deeply cherished community value as the sanctity of the home. It is essential for the police to have the support of the community. With the type of extension argued for, mistakes are bound to happen and I can imagine few breaches of community values more calculated to incense the public than this one; see in this context W. F. Foster and Joseph E. Magnet, "The Law of Forcible Entry" (1977), 15 *Alta. Law Rev.* 271, at pp. 290-91.

There is another cause for concern in granting such a vague discretion. It is unlikely to be used as much against the economically favoured or powerful as against the disadvantaged. It is interesting that the home in *Davis v. Russell*, *supra*, was described as lodgings, and those in *Eccles v. Bourque* and the present case were apartments. As Professor Paul Weiler has stated, "abuses of police power will rarely affect respectable members of the middle classes", but will instead "focus on the poor and on marginal, minority groups". See Weiler, "The Control of Police Arrest Practices: Reflections of a Tort Lawyer" in Allen M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*, p. 416, at p.

ment coupables pour assurer qu'aucun innocent n'est puni. La procédure proposée aurait inévitablement comme conséquence d'imposer à des personnes dont l'innocence ne fait aucun doute, le fardeau d'une règle dont l'efficacité n'a pas été démontrée comme moyen d'améliorer sensiblement l'application de la loi.

Je ne crois pas que nous rendrions service aux policiers dans la tâche difficile qu'ils doivent accomplir en étendant le droit de pénétrer dans des maisons privées de la manière proposée en l'espèce. Nous leur donnerions une règle de conduite très vague. Dans des situations de ce genre, ils ont besoin de règles aussi claires que possible. À l'heure actuelle la règle est claire. Hormis les exceptions bien largement reconnues, ils ne peuvent pénétrer dans des maisons privées. Hormis ces exceptions, leur pouvoir s'arrête à la porte. Cette règle les protège eux et le public de la violence.

De plus, je ne crois pas sage de placer les policiers dans des situations où ils seront appelés à violer un principe aussi cher à la société que le caractère sacré du foyer. Il est essentiel que la police ait l'appui de la société. À cause de l'extension de pouvoir proposée, il se produira forcément des erreurs et je vois peu de manquements aux principes chers à la société plus susceptibles de soulever l'indignation publique que celui-là; voir, à cet égard, l'article de W. F. Foster et Joseph E. Magnet intitulé «The Law of Forcible Entry» (1977), 15 *Alta. Law Rev.* 271, aux pp. 290 et 291.

Il y a un autre aspect inquiétant à accorder un pouvoir discrétionnaire aussi vague. Ce pouvoir visera probablement les défavorisés plutôt que les nantis ou les puissants. Il y a lieu de remarquer que la maison dont il est question dans l'arrêt *Davis v. Russell*, précité, est décrit comme un logement et celui de l'affaire *Eccles c. Bourque* et l'espèce comme des appartements. Le professeur Paul Weiler l'a souligné [TRADUCTION] «les abus de pouvoir de la part de la police visent rarement les membres respectables de la classe moyenne», mais plutôt [TRADUCTION] «les pauvres et les groupes marginaux ou minoritaires». Voir Weiler «The Control of Police Arrest Practices: Reflections of a Tort Lawyer» dans *Studies in Canadian Tort Law*, Allen M. Linden, ed., p. 416, à la p.

448; John Manley, case comment on *Eccles v. Bourque, supra*, at p. 656.

Finally, I have mentioned earlier that Parliament may, if it wishes, amend the law of search warrants to permit searches for persons as well as things. It might also wish, under well-defined circumstances, to extend police powers in respect of dangerous situations and dangerous and elusive criminals (which is not the case here). I would now add some general observations about the respective roles of Parliament and the courts in situations like that in the present case. In my view, if incursions are to be made upon a legal and political value so deeply inbred in our society as the sanctity of the home, it is for Parliament to do so and not for the courts. While the courts must attempt to give reasonable and practical effect to attempts by Parliament to meet the challenge of widespread criminal activity, the duty of the courts has always been to act as a brake against laws that either directly or because of over-zealous enforcement encroach upon the liberty of the subject. It would be an ironic reversal of roles if Parliament was required to act to protect the sanctity of the home from possible excesses flowing from the application of a judicially created rule. Courts undoubtedly have a creative role in developing the law, but they must be extremely wary of widening the possibility of encroaching on our personal liberties; they are the protectors of our rights. Parliament has the primary duty to respond to the challenge of criminal activities. The courts should no doubt view their efforts sympathetically but be forever diligent to prevent undue intrusions on our liberty.

It may in the past have been tempting at times for courts to extend rules in flagrant circumstances to forestal more general action by Parliament, then supreme, in response to a transient wave of public opinion. But the constitutional environment has now changed. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* clearly tells us that certain funda-

448; commentaire de John Manley sur l'arrêt *Eccles c. Bourque*, précité, à la p. 656.

Enfin, j'ai déjà mentionné que le législateur peut, s'il le veut, modifier le droit applicable aux mandats de perquisition et permettre la perquisition à l'égard de personnes aussi bien qu'à l'égard de choses. Il pourrait aussi, s'il le veut, dans des circonstances bien définies, étendre les pouvoirs de la police à l'égard de situations dangereuses et de criminels dangereux et en fuite (ce qui n'est pas le cas en l'espèce). Je ferai maintenant quelques observations générales à propos des rôles respectifs que doivent jouer le législateur et les tribunaux dans des situations comme celle en l'espèce. À mon avis, s'il y a lieu de modifier un principe politique et juridique aussi profondément ancré dans notre société que le caractère sacré du foyer, il appartient au législateur et non aux tribunaux de le faire. Alors que les tribunaux doivent chercher à mettre en œuvre de façon raisonnable et pratique les efforts du législateur pour faire face aux problèmes posés par l'extension des activités criminelles, le rôle des tribunaux a toujours été d'agir comme un frein aux lois qui, par leur nature ou à cause de leur mise en application intempestive, briment la liberté des citoyens. Ce serait un étrange renversement des rôles si le législateur devait agir pour protéger le caractère sacré du foyer à cause des excès possibles découlant de l'application d'une règle de droit prétorien. Les tribunaux ont certainement un rôle créateur dans l'évolution du droit, mais ils doivent prendre des précautions extrêmes pour ne pas augmenter les possibilités d'atteinte à nos libertés personnelles; ils sont les protecteurs de nos droits. Le législateur a la responsabilité première de faire face à l'activité criminelle. Les tribunaux doivent certainement considérer ses efforts avec sympathie, mais doivent toujours veiller à empêcher les atteintes indues à notre liberté.

Les tribunaux peuvent avoir été tentés, par le passé, d'étendre la portée des règles dans des circonstances évidentes pour aller au devant d'une action plus générale de la part du législateur, qui détenait alors le pouvoir absolu, en réponse à un mouvement occasionnel de l'opinion publique. Mais le contexte constitutionnel a changé depuis.

mental rights, including the security of the person, fall within the constitutional protection of the courts. That is, I think, the proper role of the courts. Seemingly minor intrusions on fundamental principles of the type they might have been tempted to make in the past are dangerous. Walter Gellhorn has said it well:

In every society, in every age, and certainly in our own there are multitudes who, in Archibald MacLeish's phrase, "fear freedom or are frightened of the loneliness it implies." For the most part, however, inroads on freedom are not initiated by those who prefer that others assume responsibility for directing their lives; these flabby folk become the hordes that sustain dictatorships, but they themselves are too inert to bring it to pass. We need not worry, in my estimation, that freedom will be brought low upon their initiative. Nor do I think that evilly motivated men will successfully trick us into surrendering one after another bastion in a heedless quest for an unattainably perfect security. The real danger lies among those of us who genuinely desire to protect freedom, and who think that this can best be done by limiting it. They propose to give a little here to protect a lot there. The motive is admirable, but the judgment is unsound. The very amplitude of our American brand of freedom sometimes seduces us into believing that a good deal of it can be spent without anyone's really noticing the difference—that we can afford, as Carl Becker put it, "to take liberties with our liberty." But the trouble is that small restrictions accumulate into large restrictions and, in the process, may become as habitual as, before, freedom was. Restrictions justified as necessary safeguards of freedom may in fact safeguard freedom out of existence altogether.

See W. Gellhorn, *Individual Freedom and Governmental Restraints* (1956), pp. 39-40; quoted by Arthur Maloney, "Law Enforcement and The Citizen's Liberty" (1966), 9 *Can. Bar J.* 168, at p. 170.

Conclusion

For my part, I am firm that the principle that a man's home is his castle along with the demonstrably justifiable exceptions developed under the old

La Charte canadienne des droits et libertés nous dit expressément que certains droits fondamentaux, notamment la sécurité de la personne, relèvent de la protection constitutionnelle des tribunaux. C'est là je crois le vrai rôle des tribunaux. Les modifications apparemment mineures aux principes fondamentaux qu'ils peuvent avoir eu la tentation de faire dans le passé sont dangereuses. Walter Gellhorn l'a bien exprimé en disant:

[TRADUCTION] Dans toute société, à toutes les époques et certainement dans la nôtre, il y a la multitude qui, selon le mot d'Archibald MacLeish «craint la liberté ou s'effraie de la solitude qu'elle comporte». La plupart du temps cependant, les atteintes à la liberté ne sont pas le fait de ceux qui préfèrent que d'autres assument la responsabilité de diriger leur vie; ces amorphes forment les foules qui appuient les dictatures, mais ils sont eux-mêmes trop inertes pour en amener la fin. Nous n'avons pas à nous inquiéter, selon moi, de voir la liberté diminuée à cause de leur initiative. Je ne crois pas non plus que des hommes aux motivations mauvaises réussissent à nous amener par ruse à en abandonner les bastions l'un après l'autre dans une recherche imprudente d'une sécurité parfaite mais inaccessible. Le vrai danger se trouve chez ceux d'entre nous qui veulent vraiment protéger la liberté et qui croient qu'on peut mieux le faire en la limitant. Ils proposent d'en troquer un petit peu ici pour en obtenir beaucoup ailleurs. Leurs motifs sont louables mais leur jugement est vicié. L'étendue même de notre liberté, à l'américaine, nous amène parfois à croire qu'on peut en compromettre une bonne partie sans que personne ne s'aperçoive vraiment de la différence—que nous pouvons comme Carl Becker le dit «prendre des libertés avec notre liberté». Mais le problème tient à ce que de petites restrictions finissent par en former de grandes et devenir, avec l'habitude, aussi normales que la liberté l'était auparavant. Des restrictions considérées comme des moyens de protection nécessaires à la liberté peuvent en réalité finir par éteindre la liberté elle-même.

Voir W. Gellhorn, *Individual Freedom and Governmental Restraints* (1956), aux pp. 39 et 40, cité par Arthur Maloney dans «Law Enforcement and The Citizen's Liberty» (1966), 9 *Can. Bar J.* 168, à la p. 170.

Conclusion

Pour ma part, je suis convaincu que le principe selon lequel la maison de chacun est son château et les exceptions établies par l'ancienne *common law*,

common law have together constituted an excellent balance between the security and privacy of the individual and the needs of law enforcement from their enunciation in *Semayne's Case* over three hundred and eighty years ago. I am confident this arrangement can continue to be an adequate balance for four hundred years after *Semayne's Case* and beyond. If Parliament in its wisdom finds it necessary to adjust the balance, it can do so. It is in a better position to provide for the precise balance and has a far better access to the knowledge required to achieve that balance than the courts. The courts can then perform their duty of scrutinizing Parliament's laws both in their general tenor and in their particular application to safeguard our traditional values. That as I understand it is the role the courts in both Great Britain and the United States, in their different constitutional environments, play; for Great Britain, see *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753 (H.L.); *Finnigan v. Sandiford*, [1981] 2 All E.R. 267 (H.L.); for the United States, see *Payton v. New York*, *supra*.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, LA FOREST J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the respondent: Scott Milloy, Ottawa.

dont la justification peut se démontrer, constituent un excellent équilibre entre la sécurité de la personne et son droit à la vie privée d'une part et les nécessités de l'application de la loi depuis leur formulation dans l'arrêt *Semayne* il y a plus de trois cent quatre-vingts ans. Je crois que cet arrangement peut continuer de constituer un équilibre suffisant quatre siècles et plus après l'arrêt *Semayne*. Si dans sa sagesse le législateur estime nécessaire de modifier cet équilibre, il peut le faire. Il est plus en mesure que les tribunaux de réaliser cet équilibre précis et il a plus facilement accès aux connaissances nécessaires pour y arriver. Les tribunaux pourront ensuite remplir leur rôle d'examiner les lois du législateur tant dans leur portée générale que dans leur application particulière pour préserver nos valeurs traditionnelles. C'est là, selon moi, le rôle que les tribunaux jouent en Grande-Bretagne et aux États-Unis, chacun dans leur cadre constitutionnel particulier; pour la Grande-Bretagne voir *Morris v. Beardmore*, [1980] 2 All E.R. 753 (H.L.); *Finnigan v. Sandiford*, [1981] 2 All E.R. 267 (H.L.); pour les États-Unis voir *Payton v. New York*, précité.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge LA FOREST est dissident.

Procureur de l'appelante: Ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intimé: Scott Milloy, Ottawa.

Bell Canada Appellant;

and

Consumers' Association of Canada, National Anti-Poverty Organization, Inuit Tapirisat of Canada, Taqramiut Nipingat Inc., Mr. S. A. Rowan, and Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Respondents.

File No.: 17676.

1985: April 25; 1986: February 28.

Present: McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Costs — CRTC rate hearing — Commission empowered to award costs in any proceedings — Costs awarded to interveners — Question whether costs actually incurred by interveners — Whether or not Commission bound by principle of indemnification in award of costs as applied by courts — National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, ss. 64(2), 73 — Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 2(1) — CRTC Telecommunications Rules of Procedure, SOR/79-554, s. 44(1), (6).

The issue raised in this appeal was whether, in the exercise of the discretion to award costs conferred by s. 73 of the *National Transportation Act*, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission was bound by the principle of indemnification as it is applied in the award of costs by the courts. Bell Canada had challenged the taxation order on the ground that, because of the arrangements for the remuneration of counsel who represented the interveners and for the payment of other expenses of the interventions, the taxation order had the effect of awarding costs for expenses that were not actually incurred by the interveners and thus violated the principle of indemnification or compensation applicable to the award of legal costs by courts. Respondent Consumers' Association of Canada received government funding for participation in a variety of regulatory proceedings and its counsel in the rate hearing was on a "first retainer" with it. Counsel for the other respondents was on retainer from and disburse-

Bell Canada Appelante;

et

Association des consommateurs du Canada, Organisation nationale anti-pauvreté, Inuit Tapirisat du Canada, Taqramiut Nipingat Inc., M. S. A. Rowan et Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes Intimés.

N° du greffe: 17676.

1985: 25 avril; 1986: 28 février.

Présents: Les juges McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Taxation — Dépens — Audience du CRTC portant sur les tarifs — Pouvoir du Conseil d'adjudger des frais dans toute procédure — Frais adjugés aux intervenants — Des frais ont-ils été effectivement engagés par les intervenants? — Le Conseil est-il lié par le principe d'indemnisation appliqué dans l'adjudication des frais par les tribunaux? — Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17, art. 64(2), 73 — Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 2(1) — Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications, DORS/79-554, art. 44(1), (6).

La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'adjudger des frais que lui confère l'art. 73 de la *Loi nationale sur les transports*, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes est lié par le principe de l'indemnisation tel qu'il est appliqué dans l'adjudication des frais par les tribunaux. Bell Canada conteste l'ordonnance de taxation sur le fondement que, en raison des ententes prévoyant la rémunération de l'avocat qui représentait les intervenants et le paiement des autres dépenses relatives aux interventions, l'ordonnance de taxation a pour effet d'adjudger des frais à l'égard de dépenses qui n'ont pas réellement été engagées par les intervenants et viole ainsi le principe de l'indemnisation applicable à l'adjudication des frais de justice par les tribunaux. L'intimée l'Association des consommateurs du Canada a reçu une aide financière du gouvernement pour sa participation dans un certain nombre de procédures administratives et son avocat à l'audience portant sur les tarifs a reçu une «provision spéciale pour honoraires» (*first retainer*). L'avocat des autres intimés était engagé en vertu d'une provision pour honoraires du Centre pour la promotion de l'intérêt

ments made in connection with the hearing were paid by the Public Interest Advocacy Centre.

Held: The appeal should be dismissed.

The word "costs" in s. 73 must carry the same general connotation as legal costs. It cannot be construed to mean something quite different from or foreign to that general sense of the word, such as an obligation to contribute to the administrative costs of a tribunal or the grant of a subsidy to a participant in proceedings without regard to what may reasonably be considered to be the expense incurred for such participation. The word "costs", therefore, must carry the general connotation of being for the purpose of indemnification or compensation. In view, however, of the nature of the proceedings before the Commission and the financial arrangements of public interest interveners, the discretion conferred on the Commission by s. 73 must include the right to take a broad view of the application of the principle of indemnification or compensation. The Commission should not be bound by the strict view of whether an expense has been actually incurred that is applicable in the courts. It should, for example, be able to fix the expense which may be reasonably attributed to a particular participation by a public interest intervener as being deemed to have been incurred, whether or not as a result of the particular means by which the intervention has been financed there has been any actual out-of-pocket expense. The Commission did not reject the general concept of indemnification or compensation. Rather, it rejected the contention that in its application of the general principle of indemnification or compensation it should be governed by the authorities reflecting the application of that principle in the courts. The Commission, in doing so, did not err in law, so long as it adopted a reasonable approach to what should be deemed to be the expenses incurred for the interventions on behalf of the respondents.

Cases Cited

Ryan v. McGregor (1925), 58 O.L.R. 213; *Bell Canada (Re) and Telecom. Decision CRTC 79-5*, [1982] 2 F.C. 681; *Re Eastwood*, [1974] 3 All E.R. 603; *Armand v. Carr*, [1927] S.C.R. 348; *Northern Engineering & Dev. Co. v. Philip*, [1930] 3 D.L.R. 387; *Re Green, Michaels & Associates Ltd. and Public Utilities Board* (1979), 94 D.L.R. (3d) 641; *Newfoundland & Labrador Hydro v. Newfoundland & Labrador Federation of Municipalities* (1979), 65 A.P.R. 317, 24 Nfld. & P.E.I.R. 317, referred to.

Statutes and Regulations Cited

CRTC Telecommunications Rules of Procedure, SOR/79-554, s. 44(1) (6).

public qui a payé les débours engagés relativement à l'audience.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le terme «frais» à l'art. 73 doit avoir la même connotation générale que les frais de justice. Il ne peut être interprété de manière à avoir un sens différent du sens général du terme ou étranger à celui-ci, comme l'obligation de contribuer aux frais d'administration d'un tribunal ou comme l'octroi d'une subvention à un participant dans des procédures, sans tenir compte de ce qui peut raisonnablement être considéré comme la dépense engagée à l'égard de cette participation. Le terme «frais» doit donc avoir l'indemnisation pour connotation générale. Compte tenu toutefois de la nature des procédures devant le Conseil et des accords financiers entre les intervenants représentant l'intérêt public, le pouvoir discrétionnaire que confère l'art. 73 au Conseil, doit comprendre le droit d'adopter une interprétation large à l'égard de l'application du principe de l'indemnisation. Le Conseil ne devrait pas être lié par l'opinion stricte applicable devant les tribunaux selon laquelle la dépense doit être réellement engagée. Il devrait, par exemple, pouvoir fixer la dépense qui peut être raisonnablement attribuée à une participation particulière d'un intervenant représentant l'intérêt public et qui est présumée avoir été engagée, que les moyens particuliers en vertu desquels l'intervention a été financée aient entraîné ou non un débours réel. Le Conseil n'a pas rejeté le concept général d'indemnisation. Il a plutôt rejeté l'argument selon lequel dans son application du principe général d'indemnisation, il devrait être régi par la jurisprudence qui est le résultat de l'application de ce principe devant les tribunaux. Ce faisant, le Conseil n'a pas commis d'erreur de droit, dans la mesure où il a adopté une attitude raisonnable en ce qui a trait aux dépenses qui sont présumées avoir été engagées à l'égard des interventions pour le compte des intimés.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213; *Bell Canada (Re) et Décision Telecom. CRTC 79-5*, [1982] 2 C.F. 681; *Re Eastwood*, [1974] 3 All E.R. 603; *Armand v. Carr*, [1927] R.C.S. 348; *Northern Engineering & Dev. Co. v. Philip*, [1930] 3 D.L.R. 387; *Re Green, Michaels & Associates Ltd. and Public Utilities Board* (1979), 94 D.L.R. (3d) 641; *Newfoundland & Labrador Hydro v. Newfoundland & Labrador Federation of Municipalities* (1979), 65 A.P.R. 317, 24 Nfld. & P.E.I.R. 317.

Lois et règlements cités

Electrical Power Control Act, 1977 (T.-N.), chap. 92, art. 14(1).

Electrical Power Control Act, 1977 (Nfld.), c. 92, s. 14(1).

Municipal and Public Utility Board Act, 1926 (Man.), c. 33, s. 55.

National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, ss. 64(2), 73(1), (2), (3).

Public Utilities Board Act, R.S.A. 1970, c. 302, s. 60.

Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 2(1).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1983), 147 D.L.R. (3d) 37, 48 N.R. 197, dismissing an appeal from a judgment of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission dismissing an appeal from a taxation order. Appeal dismissed.

Bernard Courtois and David Kidd, for the appellant.

K. J. MacDonald and John S. Tyhurst, for the respondent the Consumers' Association of Canada.

J. J. Robinette, Q.C., and *Max Wolpert*, for the respondent the National Anti-Poverty Organization.

Gavin MacKenzie, Gregory van Koughnett and Lisa de Wilde, for the respondent the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The question raised by this appeal is whether, in the exercise of the discretion to award costs conferred by s. 73 of the *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission is bound by the principle of indemnification as it is applied in the award of costs by the courts.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Federal Court of Appeal on March 31, 1983 [1984] 1 F.C. 79] dismissing an appeal, pursuant to s. 64(2) of the Act, from Telecom Decision CRTC 81-5 of March 9, 1981, in which the Commission dismissed an appeal

Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17, art. 64(2), 73(1), (2), (3).

Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 2(1).

Municipal and Public Utility Board Act, 1926 (Man.), chap. 33, art. 55.

Public Utilities Board Act, R.S.A. 1970, chap. 302, art. 60.

Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications, DORS/79-554, art. 44(1), (6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1983), 147 D.L.R. (3d) 37, 48 N.R. 197, qui a rejeté un appel d'un jugement du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, qui avait rejeté un appel d'une ordonnance de taxation. Pourvoi rejeté.

Bernard Courtois et David Kidd, pour l'appelante.

K. J. MacDonald et John S. Tyhurst, pour l'intimée l'Association des consommateurs du Canada.

J. J. Robinette, c.r., et *Max Wolpert*, pour l'intimée l'Organisation nationale anti-pauvreté.

Gavin MacKenzie, Gregory van Koughnett et Lisa de Wilde, pour l'intimé le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'adjudger des frais que lui confère l'art. 73 de la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, chap. N-17, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes est lié par le principe de l'indemnisation tel qu'il est appliqué dans l'adjudication des frais par les tribunaux.

Le pourvoi, autorisé par cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale du 31 mars 1983 [1984] 1 C.F. 79] qui a rejeté un appel interjeté, en vertu du par. 64(2) de la Loi, de la décision Telecom CRTC 81-5 du 9 mars 1981. Dans cette décision le Conseil a rejeté un appel de l'ordon-

from Taxation Order 1980-1 of February 19, 1980. The order taxed the costs awarded by the Commission in Telecom Decision CRTC 78-7 of August 10, 1978 to the respondents as interveners in the hearing of an application by the appellant Bell Canada for a general rate increase.

I

Bell Canada challenged the taxation order on the ground that because of the arrangements for the remuneration of counsel who represented the interveners and for the payment of other expenses of the interventions, the taxation order had the effect of awarding costs for expenses that were not actually incurred by the interveners and thus violated the principle of indemnification or compensation applicable to the award of legal costs by courts.

In issue is the award of counsel fees to the respondent Consumers' Association of Canada ("CAC"), which received government funding for participation in a variety of regulatory proceedings and whose counsel in the rate hearing was on a "first retainer" with it; and the award of costs for counsel fees and disbursements to the respondents National Anti-Poverty Organization, Inuit Tapirisat of Canada, Taqramiut Nipingat Inc., and Mr. S. A. Rowan (hereinafter collectively referred to as "NAPO *et al.*"), who were represented in the rate hearing by Mr. Andrew Roman, counsel on retainer from the Public Interest Advocacy Centre ("PIAC"), which also paid the disbursements incurred in connection with the intervention of NAPO *et al.* It was the contention of Bell Canada that because of CAC's government funding and its retainer arrangement with its counsel it was not put to any additional expense by its counsel's participation in the rate hearing. With respect to the costs awarded to NAPO *et al.*, the essential contention was that the costs had not been incurred by NAPO *et al.* but had been incurred by PIAC, to which NAPO *et al.* had no obligation of payment or reimbursement.

nance de taxation 1980-1 du 19 février 1980. L'ordonnance a taxé les frais adjugés par le Conseil dans la décision Telecom CRTC 78-7 du 10 août 1978 aux intimés à titre d'intervenants relativement à la requête en majoration tarifaire générale présentée par Bell Canada.

I

Bell Canada a contesté l'ordonnance de taxation sur le fondement que, en raison des ententes prévoyant la rémunération de l'avocat qui représentait les intervenants et le paiement des autres dépenses relatives aux interventions, l'ordonnance de taxation avait pour effet d'adjudger des frais à l'égard de dépenses qui n'avaient pas réellement été engagées par les intervenants et violait ainsi le principe de l'indemnisation applicable à l'adjudication des frais de justice par les tribunaux.

La contestation porte sur l'adjudication des honoraires d'avocats à l'intimée l'Association des consommateurs du Canada («ACC»), qui a reçu une aide financière du gouvernement pour participer à un certain nombre de procédures administratives et qui versait à l'avocat à l'audience portant sur les tarifs une «provision spéciale pour honoraires» (*first retainer*); elle porte également sur l'adjudication des frais pour les honoraires d'avocat et débours des intimés, l'Organisation nationale anti-pauvreté, Inuit Tapirisat du Canada, Taqramiut Nipingat Inc., et M. S. A. Rowan (ci-après collectivement mentionné sous le nom de «ONAP *et al.*») qui étaient représentés à l'audience portant sur les tarifs par M^e Andrew Roman, avocat engagé en vertu d'une provision pour honoraires du Centre pour la promotion de l'intérêt public («CPIP»), qui a également payé les débours engagés relativement à l'intervention d'ONAP *et al.* Bell Canada a soutenu que, à cause de l'aide financière accordée par le Gouvernement à l'ACC et de ses accords de provisions pour honoraires avec son avocat, la participation de celui-ci à l'audience portant sur les tarifs n'a pas entraîné de dépenses additionnelles. En ce qui a trait aux frais adjugés à l'ONAP *et al.*, Bell Canada a essentiellement soutenu que ceux-ci n'avaient pas été engagés par l'ONAP *et al.* mais par le CPIP envers qui l'ONAP *et al.* n'avait aucune obligation de paiement ou de remboursement.

The costs were allowed by the taxing officer and confirmed by the Commission on the general ground that they fell within the criteria adopted by the Commission in the exercise of its discretion to award costs to interveners in rate hearings in order to encourage informed public participation in such hearings.

The Federal Court of Appeal unanimously held that the Commission had not erred in law in dismissing the appeal from the taxation order, but the members of the panel differed in their reasons. The majority (Ryan J. and Kelly D.J.) held that the principle of indemnification or compensation applied to an award of costs by the Commission, but that the record did not establish that there had been a violation of that principle in the costs awarded to the respondents. Urie J. held that while the principle of indemnification or compensation was a relevant consideration in the exercise of the Commission's discretion to award costs, the Commission was not limited by that principle but could award costs on a broader basis to ensure effective participation in its hearings. He held that the court should not interfere with the exercise of the Commission's discretion to award costs in this case because it had not been exercised on wrong principles.

II

To understand the principles, as applied to the facts of this case, on which the Commission exercised its discretion, it is necessary to refer at some length to the reasons of the Commission and the taxing officer.

In its Telecom Decision CRTC 78-4 of May 23, 1978 the Commission stated that one of the objectives of its practices and procedures was to "increase the capacity of interveners to participate at public hearings in an informed way" and in the course of a discussion of possible forms of financial assistance to interveners it made the following statement of principle with respect to the award of costs to them:

Les frais ont été adjugés par l'agent taxateur et confirmés par le Conseil sur le fondement général qu'ils étaient visés par le critère adopté par le Conseil dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'adjuger des frais aux intervenants dans des audiences portant sur les tarifs afin d'encourager une participation éclairée du public à ces audiences.

La Cour d'appel fédérale, à l'unanimité, a décidé que le Conseil n'avait commis aucune erreur de droit lorsqu'il a rejeté l'appel contre l'ordonnance de taxation, mais les membres de la Cour ont exposé des motifs différents. Les juges de la majorité (le juge Ryan et le juge suppléant Kelly) ont jugé que le principe de l'indemnisation s'appliquait à une adjudication de frais par le Conseil, mais que le dossier n'établissait pas qu'il y avait eu violation de ce principe dans l'adjudication des frais aux intimés. Le juge Urie a conclu que bien que le principe de l'indemnisation constituât une considération pertinente dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Conseil d'adjuger des frais, celui-ci n'était pas limité par ce principe mais pouvait adjuger des frais de manière beaucoup plus large pour assurer une participation efficace à ses audiences. Il a conclu que la cour ne devait pas intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Conseil d'adjuger des frais en l'espèce parce que ce pouvoir n'avait pas été exercé sur le fondement de principes erronés.

II

Afin de comprendre les principes, tels qu'ils ont été appliqués aux faits de l'espèce, en vertu desquels le Conseil a exercé son pouvoir discrétionnaire, il est nécessaire de mentionner en détail les motifs du Conseil et de l'agent taxateur.

Le Conseil, dans sa décision Telecom CRTC 78-4 du 23 mai 1978 a déclaré que l'un des objectifs de ses pratiques et procédures était de «favoriser une participation plus documentée des intervenants aux audiences publiques» et dans le cadre d'une discussion des formes possibles d'aide financière accordées aux intervenants, il a fait la déclaration de principe suivante en ce qui a trait à l'adjudication des frais à leur égard:

In the case of rate hearings, the Commission has concluded that costs may be awarded against an applicant, when the intervener meets the criteria set out in s. 52 of the Draft Rules, and subject to the circumstances of each case. These criteria were developed following a consideration of the factors used by the Alberta Public Utilities Board and the Ontario Energy Board, two agencies which have adopted a similar practice. Costs will only be available to interveners who have participated in a responsible way, and have contributed to a better understanding of the issues by the Commission. As noted above, costs will not be available to interveners who already have funding from government or other sources that would in the Commission's opinion enable them to participate in the case.

The criteria referred to in the above passage were set out in s. 52(1) of the Draft CRTC Telecommunications Rules of Procedure, published at the same time as Decision 78-4, as follows:

52.(1) In any proceeding under this Part, the Commission may award costs against the applicant to any intervener who

- (a) has a substantial interest in the outcome of the proceeding, or represents the interests of a substantial number or class of subscribers,
- (b) has participated in a responsible way,
- (c) has contributed to a better understanding of the issues by the Commission, and
- (d) does not have sufficient financial resources available to enable it to prosecute its interest adequately, having regard to the financial implications of the application for the intervener, or, where the intervener represents the interests of a group or class of subscribers, for each member thereof, and the intervener requires the assistance provided by costs to do so.

Subsection 52(5) of the Draft Rules should also be noted:

52. ...

(5) Costs awarded under this section shall be taxed by the General Counsel of the Commission or by such officer as may be appointed by the Commission, and shall not exceed those necessarily and reasonably incurred by the intervener in connection with its intervention and, where the Commission has prescribed a scale of costs, shall not exceed the amounts so prescribed.

Dans le cas des audiences portant sur des tarifs, le Conseil a conclu que les frais d'instance peuvent être à la charge d'un requérant lorsque l'intervenant satisfait aux critères exposés à l'article 52 du projet de règles de procédure et sous réserve des particularités de chaque cas. Ces critères sont issus d'un examen des facteurs utilisés par Alberta Public Utilities Board et par Ontario Energy Board, deux organismes qui ont adopté une procédure semblable. Les frais d'instance ne seront accordés qu'aux intervenants ayant apporté une contribution valable et qui ont ainsi aidé le Conseil à une meilleure compréhension des questions à l'étude. Comme nous l'avons fait remarquer ci-haut, les frais ne seront pas accordés aux intervenants qui bénéficient déjà d'un financement gouvernemental ou d'une autre source, si ce financement leur permet, selon le Conseil, de participer à l'étude du cas.

Les critères mentionnés ci-dessus ont été établis au par. 52(1) du projet de règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications, publié en même temps que la décision Telecom 78-4. Voici ce paragraphe:

52.(1) Dans toute procédure selon la présente partie, le Conseil peut accorder des frais contre le requérant à tout intervenant qui:

- a) a un intérêt significatif dans le résultat de la procédure, ou qui représente un nombre significatif ou une catégorie d'abonnés;
- b) a participé de façon sérieuse;
- c) a contribué à une meilleure compréhension du litige par le Conseil; et
- d) n'a pas les ressources financières suffisantes pour lui permettre de défendre son intérêt de façon satisfaisante, compte tenu des conséquences financières que comporte la requête à son égard, ou lorsqu'il représente une catégorie d'abonnés, à l'égard de chacun d'entre eux, si l'intervenant demande des frais pour soutenir sa démarche.

Il convient également de mentionner le par. 52(5) du projet de règles:

52. ...

(5) Les frais accordés selon la présente règle doivent être taxés par l'Avocat en chef du Conseil ou par tout autre fonctionnaire que le Conseil peut nommer à cet effet, et ne doivent pas dépasser les frais nécessaires et raisonnables encourus par l'intervenant en raison de son intervention, et lorsque le Conseil a établi une liste des frais, les sommes ainsi fixées.

In its Telecom Decision CRTC 78-7 of August 10, 1978 the Commission made the following general statement with respect to the award of costs to the interveners in the Bell Canada rate hearing:

The Commission has decided to award costs to a number of interveners, as set out in detail below. In each case, the costs are to be paid by the applicant, as taxed by the General Counsel for the Commission, and may be included by the applicant as part of its expenses for regulatory purposes. At the hearing, the question arose as to whether certain interveners had been awarded government funding, specifically, although not necessarily entirely, for the purpose of intervention in this rate case. In his taxation, General Counsel will take these forms of funding into account in the application of the Commission's principles as noted in Decision 78-4 and Section 52(1)(d) of the Draft Rules.

The award of costs to CAC in Telecom Decision 78-7 was originally in the following terms:

2. Awards

(a) The Consumers' Association of Canada

In the Commission's view, the Consumers' Association of Canada represented not only the interests of the Association's membership but also those of Bell Canada subscribers generally. The C.A.C., through its counsel, Mr. G. Kane, and its expert witness, Dr. Gordon, contributed to a better understanding of a number of relevant issues including that of the relationship between Bell Canada and its subsidiaries.

The Commission considers that participation in regulatory matters affecting its membership is a normal function of an association such as the C.A.C., and that a portion of its membership fees and annual budget can be deemed to be directed towards this participation. Accordingly, the Commission does not award costs to the Association for its administrative and routine expenses, including those related to the appearance of its counsel, a full-time employee of the Association. The Commission does however, subject to written confirmation from the C.A.C. that it is formally applying for costs, award costs to the C.A.C. in respect of its expenses associated with Dr. Gordon's appearance.

Le Conseil dans sa décision Telecom CRTC 78-7 du 10 août 1978 a fait la déclaration générale suivante en ce qui a trait à l'adjudication des frais aux intervenants à l'audience relative à la requête en majoration tarifaire présentée par Bell Canada:

Le Conseil a décidé d'accorder l'adjudication des frais à un certain nombre d'intervenants, comme exposé en détail ci-dessous. Dans chaque cas, les frais devront être payés par la requérante, imposés par l'avocat général du Conseil, et pouvaient être inclus dans le bilan de la requérante comme dépenses aux fins de réglementation. Lors de l'audience, on a soulevé la question à savoir si certains intervenants avaient joui d'une aide financière partielle sinon totale du gouvernement, leur permettant de présenter une intervention dans le présent cas de demande de hausse tarifaire. Dans son imposition, l'avocat général tiendra compte de ces formes de financement dans l'application des principes du Conseil, comme exposé dans la décision 78-4 et dans l'article 52(1)d) du projet de règles.

L'adjudication des frais à l'ACC dans la décision Telecom 78-7 a, à l'origine, été établie de la manière suivante:

e 2. Adjudication des frais

a) L'Association des consommateurs du Canada

Selon le Conseil, l'Association des consommateurs du Canada représentait non seulement les intérêts de l'Association elle-même mais également des abonnés de Bell Canada en général. L'A.C.C., par l'entremise de son avocat, M. G. Kane, et de son témoin expert, M. Gordon, a contribué à une meilleure compréhension d'un certain nombre de questions pertinentes concernant la relation entre Bell Canada et ses filiales.

Le Conseil considère que la participation à des questions de réglementation intéressant ses membres constitue une fonction normale d'une association comme l'A.C.C., et qu'une portion de ses frais d'adhésion et de son budget annuel peut être consacrée à ce genre de participation. Par conséquent, le Conseil n'accorde pas l'adjudication des frais à ladite Association pour ses dépenses administratives et ordinaires, qui comprennent la comparution de son avocat, employé à temps plein. Le Conseil accorde cependant l'adjudication des frais à l'A.C.C. pour les dépenses rattachées à la comparution de M. Gordon, à la condition que l'A.C.C. lui confirme par écrit sa demande de se voir octroyer des frais.

By Telecom Decision CRTC 80-1 of January 4, 1980 the Commission amended its award of costs to CAC by removing the limitation in the second paragraph above for reasons indicated as follows:

Uncontested affidavit evidence submitted by the CAC established that: (a) no portion of the membership fees of this Association are allocated to participation in rate hearings; and (b) counsel to the CAC is not a full time employee of the Association. These facts have convinced the Commission that the wording employed in the award of costs to the CAC was inappropriately narrow in scope.

Therefore, the second paragraph on page 108 of Decision 78-7, 4 C.R.T. 359, cited above, is deleted and replaced with the following: "The Commission accordingly awards costs to the CAC."

The award of costs to NAPO *et al.* in Telecom Decision 78-7 was in the following terms:

2. Awards

(e) The National Anti-Poverty Organization, Inuit Tapirisat of Canada, Taqramiut Nipingat Inc. and Mr. S.A. Rowan

Through their counsel, Mr. A.J. Roman, NAPO *et al.* represented a broad spectrum of subscriber interests and made an important and substantial contribution not only to the Commission's understanding of the relevant issues in the present case, but also to the fulfillment of the Commission's objectives as set forth in Decision 78-4.

In the Commission's view also, the cross-examination by Mr. Roman of a number of the Company's witnesses was clearly aided by the preparatory work performed by his expert witnesses.

The Commission accordingly awards costs to NAPO *et al.* (except for ACCQ which did not request costs).

In its Telecom Decision 80-1 reviewing the above awards, the Commission indicated that future awards of costs to interveners would be governed by s. 44 of the *CRTC Telecommunications Rules of Procedure*, SOR/79-554, which were adopted by Telecom Order CRTC 79-297 of July 20, 1979. Subsections (1) and (6) of s. 44 of the adopted rules are as follows:

Par sa décision Telecom CRTC 80-1 du 4 janvier 1980, le Conseil a modifié son adjudication des dépens à l'ACC en éliminant la restriction contenu dans le deuxième paragraphe ci-dessus,

a pour les motifs suivants:

Un affidavit a été présenté par l'A.C.C. pour établir que a) aucune portion de ses frais d'adhésion n'était allouée à la participation à des audiences relatives aux tarifs et b) que son avocat n'était pas employé à plein temps. Ces faits ont convaincu le Conseil que le libellé employé dans la taxation des frais de l'A.C.C. était trop restrictif.

Par conséquent, le deuxième paragraphe de la page 108 de la décision 78-7, 4 R.T.C. 359, susmentionné, est supprimé et remplacé par la phrase suivante: «Par conséquent, le Conseil accorde l'adjudication des frais à l'A.C.C.»

d L'adjudication des frais à l'ONAP *et al.* dans la décision Telecom 78-7 a été la suivante:

2. Adjudication des frais

e) L'organisation nationale anti-pauvreté, Inuit Tapirisat du Canada, Taqramiut Nipingat Inc. et M. S.A. Rowan

Par l'entremise de son avocat, M. A.J. Roman l'organisation nationale anti-pauvreté *et al.* a représenté une gamme importante d'intérêts des abonnés et a apporté une contribution importante non seulement à la compréhension des questions pertinentes soumises au Conseil dans le cas qui nous occupe, mais également à la réalisation des objectifs du Conseil, comme établis dans la décision 78-4.

Le Conseil estime également que le contre-interrogatoire de certains témoins de la Compagnie par M. Roman a été très clairement appuyé par les travaux préliminaires de ses témoins experts.

Le Conseil par conséquent accorde l'adjudication des frais à l'organisation nationale anti-pauvreté, *et al.* (sauf à l'A.C.C.Q. qui n'a pas demandé l'adjudication des frais).

i Le Conseil a, par sa décision Telecom 80-1 qui examine les adjudications mentionnées ci-dessus, indiqué que, désormais, les adjudications des frais aux intervenants seraient régies par l'art. 44 des *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications*, DORS/79-554, qui ont été adoptées par l'ordonnance Telecom CRTC 79-297 du 20 juillet 1979. Voici les paragraphes (1) et (6) de l'art. 44 des règles qui ont été adoptées:

44. (1) In any proceeding under this Part, the Commission may award costs to be paid by the regulated company to any intervener who

(a) has, or is representative of a group or class of subscribers that has, an interest in the outcome of the proceeding of such a nature that the intervener or group or class of subscribers will receive a benefit or suffer a detriment as a result of the order or decision resulting from the proceeding;

(b) has participated in a responsible way; and

(c) has contributed to a better understanding of the issues by the Commission.

(6) Costs awarded under this section

(a) shall be taxed by the General Counsel of the Commission or by such officer as may be appointed by the Commission;

(b) shall not exceed those necessarily and reasonably incurred by the intervener in connection with its intervention; and

(c) where the Commission has prescribed a scale of costs based on prevailing market rates, shall not exceed the amounts so prescribed.

In his Taxation Order 1980-1, the taxing officer, Mr. David E. Osborn, considered whether the Commission's direction to take government funding into consideration included government funding for general purposes as well as government funding specifically earmarked for the particular rate hearing. After discussion of this question and consideration of Bell Canada's submissions against the award of costs to CAC and NAPO *et al.* based on the government funding received by CAC and PIAC, the relationship between CAC and its counsel, and the fact that the costs incurred in the intervention of NAPO *et al.* were paid by PIAC, the taxing officer concluded as follows:

I have concluded, after a consideration of all the facts and arguments, that the interpretation submitted on behalf of Bell Canada cannot be sustained. To do so would, in ultimate practical effect, weaken or destroy the principle which the Commission set out to accomplish in Decision 78-4. In my opinion, the Commission's position in 78-4 and the Draft Rules can be summarized as follows: informed participation in public hearings should be encouraged; the awarding of costs is a necessary, or at least desirable, method of so doing; the costs

44. (1) Dans toute instance instituée en vertu de la présente partie, le Conseil peut adjuger les frais contre la société réglementée en faveur de tout intervenant

a) qui agit en son propre nom ou au nom d'un groupe ou d'une catégorie d'abonnés et à qui l'ordonnance ou la décision rendue porte avantage ou préjudice;

b) qui a participé à la procédure de façon sérieuse; et

c) qui a aidé à faire mieux comprendre le litige au Conseil.

(6) Les frais accordés en vertu du présent article

a) sont taxés par le chef du Contentieux du Conseil ou par tout autre fonctionnaire désigné à cette fin par le Conseil;

b) ne doivent pas dépasser les frais nécessaires et raisonnables engagés par l'intervenant pour son intervention; et

c) lorsque le Conseil a établi un barème selon les taux courants du marché, ne doivent pas dépasser les sommes prévues.

L'agent taxateur, M^e David E. Osborn, a examiné dans son ordonnance de taxation 1980-1 si la directive du Conseil selon laquelle il fallait tenir compte de l'aide financière du gouvernement, comprenait l'aide financière gouvernementale pour des fins générales ainsi que l'aide financière qui était destinée spécialement à l'audience portant sur le tarif en particulier. Après avoir analysé cette question et examiné les arguments de Bell Canada contre l'adjudication des frais à l'ACC et à l'ONAP *et al.* fondés sur l'aide financière du gouvernement qu'ont reçue l'ACC et CPIP, sur la relation qui existe entre l'ACC et son avocat et sur le fait que les frais engagés dans l'intervention de l'ONAP *et al.* avaient été payés par le CPIP, l'agent taxateur a conclu de la manière suivante:

Après avoir examiné tous les faits et les arguments, je suis arrivé à la conclusion que l'interprétation proposée au nom de Bell Canada ne peut être retenue. L'adopter reviendrait, en fin de compte, à diluer ou à détruire le principe que le Conseil a entrepris d'appliquer dans la décision 78-4. À mon avis, la position du Conseil dans la décision 78-4 et le projet de Règles de procédure peuvent se résumer comme suit: il faut favoriser une participation éclairée aux audiences publiques; l'adjudication des frais constitue un moyen essentiel, ou du moins

awarded shall not exceed those necessarily and reasonably incurred by the intervener and, more particularly, those parties who have received some form of public funding to participate before the CRTC should not receive a double recovery by means of an award of costs.

Some light is perhaps thrown on the view which he took of the application of the principle of indemnification by the following passage in his order:

I have reviewed the cases referred to me by counsel for all parties, but I have not found conclusive authority therein for purposes of the present case. Most of them deal with costs in a traditional legal context, and assume a traditional relationship between counsel, client and tribunal. Regulatory agencies and public interest interveners pose different problems and, while legal cases can be a useful guide in the area of costs, particularly with respect to quantum, the approach to the problems in this case cannot, in my opinion, be circumscribed by a strict application of traditional legal principles. Therefore, I have interpreted the Commission's decision in light of the knowledge that public participation is a fragile concept, more talked about than realized, that public interest advocacy groups offer a different, but no less valuable, approach to participation than does the traditional solicitor-client form, and that a restrictive interpretation of a costs award by the officer responsible for implementing it would serve no useful public purpose.

The taxing officer acted on certain assumptions or findings of fact concerning the nature of the government funding received by CAC and PIAC and the understanding between NAPO *et al.* and PIAC concerning payment or reimbursement of costs for counsel fees and disbursements. He accepted the statements of counsel that CAC and PIAC had received government funding for the general purpose of participation in regulatory proceedings but that none of it was specifically earmarked for participation in the Bell Canada rate hearing. With respect to the obligation, if any, of NAPO *et al.* to pay for the services of Mr. Roman or to reimburse PIAC for the cost of such services and the disbursements made on behalf of NAPO *et al.*, he expressed the following conclusion:

souhaitable, d'y arriver; les frais adjugés ne doivent pas dépasser les dépenses nécessaires et raisonnables engagées par l'intervenant; et, en particulier, les parties qui ont bénéficié d'une certaine forme de financement gouvernemental pour comparaître devant le CRTC ne devraient pas recevoir une double indemnisation par suite de l'adjudication des frais.

Le passage suivant de son ordonnance explique peut-être l'opinion qu'il a adoptée à l'égard de l'application du principe de l'indemnisation:

J'ai passé en revue les causes qui m'ont été signalées par les avocats de toutes les parties et je n'ai pas pu y trouver des preuves concluantes pour les fins de cette affaire. La plupart d'entre elles traite de la question des frais dans un contexte juridique classique et suppose des rapports de type traditionnel entre l'avocat, le client et le tribunal. Les organismes de réglementation et les groupes de pression qui interviennent posent des problèmes différents et, même si les causes judiciaires peuvent constituer un guide utile dans le domaine des frais, en particulier pour ce qui est de leur montant, l'attitude à adopter devant les problèmes posés par l'affaire en cause ne peut pas être déterminée par une application stricte des principes juridiques classiques. J'ai donc interprété la décision du Conseil en sachant que la participation du public est un concept fragile, plus facile à discuter qu'à réaliser, que les groupes de promotion de l'intérêt public offrent une approche différente mais néanmoins précieuse à la participation comparativement à la formule avocat-client traditionnelle et qu'une interprétation restrictive de l'adjudication des frais par l'agent responsable ne serait d'aucune utilité pour le public.

L'agent taxateur a agi en se fondant sur certaines hypothèses ou certaines conclusions de fait concernant la nature de l'aide financière du gouvernement qu'ont reçue l'ACC et CPIP et sur l'entente entre ONAP *et al.* et CPIP concernant le paiement ou le remboursement des frais relatifs aux honoraires d'avocat et débours. Il a admis les déclarations de l'avocat selon lesquelles l'ACC et le CPIP avaient reçu de l'aide financière du gouvernement dans le but général de participer à des procédures administratives mais qu'aucune partie de cette aide n'était précisément destinée à la participation à l'audience relative à la requête en majoration tarifaire présentée par Bell Canada. En ce qui a trait à l'obligation, s'il y en avait une, de l'ONAP *et al.* de payer les services de M^e Roman ou de rembourser au CPIP le coût de ces services et les débours engagés pour le compte de l'ONAP *et al.*, il a conclu de la façon suivante:

It is clear that there was never any obligation flowing from NAPO et al to either PIAC or Mr. Roman for their services. If the subject of costs was ever discussed between counsel and these interveners, the understanding was merely that if costs should happen to be awarded, they would be given by the interveners to the PIAC. This understanding is reflected in the terms of reference of the PIAC. According to Mr. Roman, any such bill, in the absence of an award of costs, would simply have had to be written off as an uncollectible debt, a practice which he submitted would accomplish nothing and would not be conducive to good client relations.

In the result, the taxing officer concluded that the disputed allowance of counsel fees to CAC and counsel fees and disbursements to NAPO *et al.* fell within the criteria established by the Commission for the award and taxation of costs to interveners.

In its Telecom Decision 81-5 dismissing the appeal from Taxation Order 1980-1, after reviewing the principles laid down in its previous decisions, the taxing officer's reasons and Bell Canada's submissions with respect to the effect that should be given to the government funding of CAC and PIAC and the principle of indemnification, the Commission said:

The Commission considers that the active participation of established organizations such as CAC and NAPO et al in regulatory proceedings is desirable in view of their continuing interest and knowledge base in the field. In the Commission's view, the adoption of Bell's argument concerning double recovery would in effect mean that only *ad hoc* organizations could expect to obtain awards of costs from the Commission. Such organizations would not likely have the base for informed participation upon which established organizations such as CAC and NAPO et al can build their specific interventions. Such organizations are called upon to intervene in a number of regulatory proceedings and the Commission has concluded that the taxing officer did not err in principle when he interpreted the Commission's direction to take into account government funding as a direction to deduct from awards of costs only funds specifically designated for the 1978 Bell rate case.

In the Commission's view, the application of the principle of indemnification upon which Bell relies would not be appropriate in regulatory proceedings before it. In

Il est clair qu'il n'y a jamais eu d'obligation de la part de l'ONAP et al envers soit le C.P.I.P. ou M^e Roman pour leurs services. Si la question des frais a été discutée entre l'avocat et ces intervenants, il a tout simplement été entendu que, en cas d'adjudication des frais, le montant serait remis par les intervenants au C.P.I.P., comme le montre le mandat du C.P.I.P. M^e Roman a soutenu que s'il n'y avait pas adjudication des frais, une telle facture devrait tout simplement être considérée comme une créance irrécouvrable, ce qui, selon lui, ne donnerait rien et ne serait pas favorable à de bonnes relations avec le client.

En définitive, l'agent taxateur a conclu que l'adjudication contestée relative aux honoraires d'avocat à l'ACC et aux honoraires d'avocat et débours à l'ONAP *et al.* était visée par le critère établi par le Conseil pour l'adjudication et la taxation des frais aux intervenants.

Dans sa décision Telecom 81-5 qui a rejeté l'appel de l'ordonnance de taxation 1980-1, le Conseil a dit après avoir examiné les principes établis dans ses décisions précédentes, les motifs de l'agent taxateur et les arguments de Bell Canada en ce qui a trait à l'effet qui devrait être donné à l'aide financière du gouvernement accordée à l'ACC et au CPIP et le principe de l'indemnification:

Le Conseil considère que la participation active d'organismes établis tels que l'A.C.C. et l'O.N.A.P. et al. aux instances de réglementation est souhaitable parce qu'ils s'intéressent à ce domaine et qu'ils le connaissent bien. Le Conseil juge que l'adoption de l'argument de Bell au sujet du double dédommagement signifierait que seuls les organismes *ad hoc* pourraient espérer obtenir du Conseil l'adjudication de leurs frais. Il est peu probable que ces organismes aient en mains (*sic*) les éléments de base d'une participation étoffée à partir desquels des organismes comme l'A.C.C. et l'O.N.A.P. et al. peuvent préparer leurs interventions. De tels organismes sont appelés à intervenir dans un certain nombre de procédures de réglementation et le Conseil conclut que l'agent taxateur n'a pas commis d'erreur de principe lorsqu'il a interprété la directive du Conseil de telle sorte qu'il devait déduire des frais adjugés seulement les fonds désignés expressément pour la requête en majoration tarifaire de Bell en 1978.

Le Conseil est d'avis qu'il ne serait pas approprié d'appliquer le principe de l'indemnisation sur lequel Bell se fonde dans ses procédures de réglementation. Il pense

the Commission's opinion, the proper purpose of such awards is the encouragement of informed public participation in Commission proceedings. It would inhibit public interest groups from developing and maintaining expertise in regulatory matters if, in order to be entitled to costs, they had to retain and instruct legal counsel in the manner appropriate to proceedings before the courts in civil matters. On the other hand, no useful purpose would be served by requiring public interest groups artificially to arrange their affairs, by means, for instance, of forgivable debts or bonus accounts, in order to avoid a restrictive interpretation of the term "costs".

The Commission concluded:

The Commission therefore finds that the taxing officer did not err in principle in awarding counsel fees to CAC and costs to NAPO et al.

III

The issue is whether the award and taxation of costs for counsel fees to CAC and for counsel fees and disbursements to NAPO *et al.* on the basis and in the circumstances indicated in the decisions of the Commission and the taxation order fell within the proper exercise of the discretion with respect to costs conferred on the Commission by s. 73 of the *National Transportation Act* as follows:

73. (1) The costs of and incidental to any proceeding before the Commission, except as herein otherwise provided, are in the discretion of the Commission, and may be fixed in any case at a sum certain, or may be taxed.

(2) The Commission may order by whom and to whom any costs are to be paid, and by whom they are to be taxed and allowed.

(3) The Commission may prescribe a scale under which such costs shall be taxed.

By section 43 of the Act the word "costs" in s. 73 has the same meaning as it has in the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, where it is defined in s. 2(1) as follows:

2. (1) In this Act, and in any Special Act as hereinafter defined in so far as this Act applies,

"costs" includes fees, counsel fees and expenses;

que l'objectif premier de telles indemnisations est d'encourager une participation éclairée du public à ses procédures. Or, les groupes d'intérêt public ne pourraient pas se spécialiser dans les questions réglementées si, pour avoir droit au remboursement des frais, ils devaient retenir des avocats comme cela se fait dans le cas des affaires portées devant les tribunaux en droit civil. Par ailleurs, il ne servirait à rien d'obliger les groupes d'intérêt public à arranger leurs affaires artificiellement au moyen, par exemple, de prêts-subventions ou de comptes d'indemnités afin de contourner une interprétation restrictive du mot «frais».

Le Conseil a conclu:

Le Conseil conclut donc que l'agent taxateur n'a pas commis d'erreur de principe lorsqu'il s'est prononcé en faveur du remboursement des honoraires d'avocat de l'A.C.C. et des frais de l'O.N.A.P. et al.

III

La question en litige est de savoir si l'adjudication et la taxation des frais relatifs aux honoraires d'avocat à l'ACC et aux honoraires d'avocat et débours à l'ONAP *et al.*, sur le fondement des décisions du Conseil et de l'ordonnance de taxation et dans les circonstances qui y sont indiquées, relèvent de l'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire relatif aux frais que confère au Conseil l'art. 73 de la *Loi nationale sur les transports* dont voici le texte:

73. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi, les frais qu'entraîne une procédure exercée devant la Commission sont laissés à la discrétion de la Commission, et peuvent, dans tous les cas, être fixés à une somme déterminée ou entrer en taxe.

(2) La Commission peut ordonner par qui et à qui les frais doivent être payés, et par qui ils doivent être taxés et alloués.

(3) La Commission peut établir un tarif d'après lequel ces frais doivent être taxés.

Selon l'article 43 de la Loi, le terme «frais» dans l'art. 73 a la même signification que dans la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2, où il est défini au par. 2(1) de la manière suivante:

2. (1) Dans la présente loi, ainsi que dans toute loi spéciale ci-après définie où la présente loi s'applique

«frais» comprend les émoluments, honoraires et déboursés de procureur;

Counsel for the appellant contended that the principle on which that discretion must be exercised is that "costs are an indemnity to a party for the expenses to which the party has been put as a result of the litigation or proceeding in question". As authority for the principle of indemnification he cited, among others, the case of *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (C.A.), in which Middleton J.A. said at p. 216:

The fundamental principle is thus clearly stated by Baron Bramwell in the case of *Harold v. Smith* (1860), 5 H. & N. 381, 385: "Costs as between party and party are given by the law as an indemnity to the person entitled to them: they are not imposed as a punishment on the party who pays them, nor given as a bonus to the party who receives them. Therefore, if the extent of the damnification can be found out, the extent to which costs ought to be allowed is also ascertained."

The question is whether the principle of indemnification, clearly applicable to the award of costs by the courts, should apply, at least in some form, to the award of costs by the Commission, having regard to the special nature and requirements of its proceedings and the financial arrangements of interveners. On this question, as I have indicated, the members of the Federal Court of Appeal differed. After referring to the statement of Pratte J. in *Re Bell Canada and Telecom. Decision CRTC 79-5*, [1982] 2 F.C. 681, at pp. 687-88 (to which further reference will be made) that the word "costs" in s. 73 of the *National Transportation Act* must be given its "normal legal meaning according to which the costs of a proceeding are the costs incurred by the parties or participants in that proceeding and do not include the expenses of the tribunal before which the proceedings are brought", Ryan J., with whom Kelly D.J. concurred, concluded as follows concerning the application of the principle of indemnification:

It does not, as I see it, follow that in assessing costs in a rate proceeding, the Commission is bound to follow precisely the same rules as would a taxing master assessing costs in litigation in the courts. Allowances would have to be made for differences in the purposes of the two quite different processes and in the practices and procedures followed in each. I am of opinion, however, that the term "costs", as used in section 73, does carry

L'avocat de l'appelante a soutenu que le principe en vertu duquel ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé est que [TRADUCTION] «les frais constituent une indemnisation d'une partie pour les dépenses qu'elle a engagées par suite du litige ou de la procédure en question». Afin d'illustrer le principe de l'indemnisation il a cité, notamment, l'arrêt *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (C.A.), dans lequel le juge Middleton a dit à la p. 216:

[TRADUCTION] Le principe fondamental est donc clairement établi par le baron Bramwell dans l'arrêt *Harold v. Smith* (1860), 5 H. & N. 381, p. 385: «Les frais entre les parties sont accordés par la loi à titre d'indemnisation à la personne qui y a droit: ils ne sont pas imposés à titre de peine à la partie qui les paie, ni donnés comme gratification à la partie qui les reçoit. Par conséquent, si l'on peut établir l'étendue du dommage, l'étendue des frais qui doivent être accordés est également établie.»

La question est de savoir si le principe de l'indemnisation, qui est clairement applicable à l'adjudication des frais par les tribunaux, devrait s'appliquer, du moins d'une certaine manière, à l'adjudication des frais par le Conseil, compte tenu de la nature et des exigences spéciales de ses procédures et des ententes financières concernant les intervenants. À l'égard de cette question, comme je l'ai indiqué, les membres de la Cour d'appel fédérale ont été d'avis différents. Après avoir mentionné la déclaration du juge Pratte dans l'arrêt *Re Bell Canada et Décision Telecom. CRTC 79-5*, [1982] 2 C.F. 681, aux pp. 687 et 688 (auquel on fera d'autres renvois) selon laquelle on doit donner aux termes «frais» à l'art. 73 de la *Loi nationale sur les transports* son «acception juridique normale selon laquelle les frais d'une instance sont les frais qu'engagent les parties à cette instance et non les frais du tribunal qui en est saisi», le juge Ryan, avec l'appui du juge suppléant Kelly, a conclu de la manière suivante en ce qui a trait à l'application du principe de l'indemnisation:

À mon avis, il ne s'ensuit pas que, en fixant des frais dans une procédure de tarification, le Conseil doit suivre les mêmes règles qu'adopterait un greffier taxateur de dépens pour évaluer les frais dans un litige porté devant les tribunaux. Il faudrait tenir compte de la différence des objets de ces deux procédures très différentes et dans les pratiques suivies dans chacune de ces procédures. J'estime toutefois que le terme «frais», tel qu'il est

with it, as an essential aspect, the element of compensation or indemnification for expenses incurred in a proceeding. The Commission would thus have been in error if, in its Reasons for dismissing the appeal to it, it meant to reject the proposition that indemnification is an essential purpose in an award of costs under section 73 of the Act.

Ryan J. found, however, applying *Re Eastwood*, [1974] 3 All E.R. 603 (C.A.), respecting the taxation of costs for the services of a salaried solicitor and *Armand v. Carr*, [1927] S.C.R. 348, respecting the entitlement of an insured to costs for solicitors instructed by the insurer to act for him, in the absence of an agreement excluding his liability for such costs, that the record did not establish a violation of the principle of indemnification as applied by the courts in the award of counsel fees to CAC and counsel fees and disbursements to NAPO *et al.*

On the application of the principle of indemnification to the award of costs by the Commission pursuant to s. 73 of the Act, Urie J. expressed himself as follows:

The principal issue in this appeal is whether the meaning to be ascribed to the word ["costs"] as it appears in the Act should be the meaning given it in ordinary judicial proceedings in which, in general terms, costs are awarded to indemnify or compensate a party for the actual expenses to which he has been put by the litigation in which he has been involved and in which he has been adjudged to have been a successful party. In my opinion, this is not the interpretation of the word which must necessarily be given in proceedings before regulatory tribunals.

I use the word "necessarily" because I have no doubt that an element which may be considered by the tribunal in determining the entitlement of a party appearing before it to costs, is whether or not the party has incurred liability for expenses for the purpose of its appearance before the tribunal. It is not, however, in my view, either the only or a necessary element. As has been said on other occasions, the proceedings before the Commission in a rate fixing hearing are not adversarial in nature; there is no *lis inter partes*. The purpose of a hearing in such a proceeding is to obtain meaningful reaction from concerned and interested parties affected by the rate fixing, whether adversely or positively. Such parties may or may not have incurred actual, measurable expenses, such as counsel fees, in providing input to the proceedings and yet have contributed in a very real

employé à l'article 73, comporte effectivement en soi, à titre d'élément essentiel, l'idée d'indemnisation des dépenses engagées. Le Conseil aurait ainsi commis une erreur si, dans ses motifs invoqués pour rejeter l'appel formé devant lui, il avait voulu rejeter le principe que l'indemnisation est un but essentiel dans l'adjudication des frais sous le régime de l'article 73 de la Loi.

Toutefois, en appliquant l'arrêt *Re Eastwood*, [1974] 3 All E.R. 603 (C.A.), concernant l'adjudication de frais pour les services d'un procureur salarié et l'arrêt *Armand v. Carr*, [1927] R.C.S. 348, concernant le droit d'un assuré aux frais des procureurs retenus par l'assureur en l'absence d'un accord excluant sa responsabilité pour les frais, le juge Ryan a conclu que le dossier n'établissait pas de violation du principe de l'indemnisation tel qu'il a été appliqué par les tribunaux dans l'adjudication des honoraires d'avocat à l'ACC et aux honoraires d'avocat et débours à l'ONAP *et al.*

À l'égard de l'application du principe de l'indemnisation à l'adjudication des frais par le Conseil en vertu de l'art. 73 de la Loi, le juge Urie a dit:

La question principale qui se pose dans le présent appel est de savoir si le sens à donner au mot tel qu'il figure dans la Loi devrait être celui qu'on lui attribue dans les procédures judiciaires ordinaires où, en général, l'adjudication des frais vise à indemniser ou dédommager une partie des frais réels que lui a causés le litige dans lequel elle a été impliquée et où elle a eu gain de cause. À mon avis, cette interprétation n'est pas nécessairement applicable dans le cas de procédures devant les tribunaux administratifs.

J'emploie le mot «nécessairement» parce que je suis certain que la question de savoir si la partie a, pour comparaître devant le tribunal, engagé des dépenses est un facteur qui peut être pris en considération par le tribunal pour déterminer si une partie comparissant devant lui doit avoir droit à des frais. Toutefois, il ne s'agit pas, à mon avis, d'un facteur unique, ni d'un facteur nécessaire. Comme il a été dit à d'autres occasions, les procédures devant le Conseil, dans une audience de fixation de tarif, n'est pas de nature contradictoire; il n'y a pas de *lis inter partes*. Le but d'une audience dans une telle procédure est d'obtenir des parties intéressées qui sont touchées par la fixation de tarif, des réactions significatives, qu'elles soient défavorables ou favorables. Que ces parties aient ou non engagé des dépenses réelles et mesurables, telles des

fashion to a better understanding by the Commission of some of the issues involved in the proposed rate structure. Such contributions to a better understanding of the issues should, as I see it, be encouraged and rewarded. If this is so, obviously such encouragement cannot be based solely on indemnification for actual costs incurred. It is at this point that the Commission's discretion as to who is deserving of an award of costs, as to the elements to be considered and the principles to be applied in the award, is exercised in any of the ways contemplated by section 73.

Courts of appeal in three provinces have held that in the exercise of the discretion to award costs under provisions in essentially the same terms as s. 73 of the *National Transportation Act* regulatory tribunals were not bound by the principles and rules governing the award of costs in the courts, although the application of the principle of indemnification would not appear to have been directly in issue in these cases. In *Northern Engineering & Dev. Co. v. Philip*, [1930] 3 D.L.R. 387, a majority of the Manitoba Court of Appeal (Prendergast C.J.M., Trueman and Dennistoun J.J.A.) held that whether a party who had successfully opposed an application before the Municipal and Public Utility Board to vary a building restriction was entitled to costs was not governed under s. 55 of *The Municipal and Public Utility Board Act*, 1926 (Man.), c. 33, which was in essentially the same terms as s. 73 of the *National Transportation Act*, by the principles applicable to the award of costs by the courts. Trueman J.A., speaking for the majority, said at p. 390:

Proceedings before the board belong to a different category and are necessarily dealt with from a point of view that has no place in litigation between parties. The status and risks of suitors in an action are fixed by practice and authority. No rule has been laid down by the board that persons appearing by counsel before the board shall, subject to the board's discretion, have costs in event of their success or pay costs in event of their

honoraires d'avocats par exemple, pour participer activement aux procédures, elles auront pourtant contribué, d'une façon très efficace, à une meilleure compréhension par le Conseil de certains problèmes que pose le système tarifaire projeté. Ces contributions à une meilleure compréhension des questions devraient, à mon avis, être encouragées et récompensées. S'il en est ainsi, il est évident qu'un tel encouragement ne saurait être basé uniquement sur l'indemnisation des frais réellement engagés. C'est ici qu'intervient l'exercice, de l'une des façons visées à l'article 73, du pouvoir discrétionnaire du Conseil quant à savoir qui mérite une adjudication des frais, aux éléments à prendre en considération et aux principes à appliquer dans l'adjudication.

Les cours d'appel de trois provinces ont jugé que dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'adjudger des frais en vertu de dispositions rédigées essentiellement selon les mêmes termes que l'art. 73 de la *Loi nationale sur les transports*, les tribunaux administratifs n'étaient pas liés par les principes et les règles régissant l'adjudication des frais devant les tribunaux judiciaires, bien que l'application du principe de l'indemnisation ne paraisse pas avoir été directement en litige dans ces affaires. Dans l'arrêt *Northern Engineering & Dev. Co. v. Philip*, [1930] 3 D.L.R. 387, la Cour d'appel du Manitoba à la majorité (le juge en chef du Manitoba Prendergast, les juges Trueman et Dennistoun) a jugé que la question de savoir si une partie qui s'était opposée avec succès à une demande présentée devant la Commission des services publics et municipaux en vue de modifier une restriction en matière de construction avait droit aux frais, n'était pas régie par l'art. 55 de *The Municipal and Public Utility Board Act*, 1926 (Man.), chap. 33, qui était rédigé essentiellement dans les mêmes termes que l'art. 73 de la *Loi nationale sur les transports*, en vertu des principes applicables à l'adjudication des frais par les tribunaux judiciaires. Le juge Trueman a dit au nom de la majorité à la p. 390:

[TRADUCTION] Les procédures engagées devant la commission appartiennent à une catégorie différente et sont nécessairement traitées d'un point de vue qui n'a pas de place dans un litige entre parties. Le statut et les risques des poursuivants dans une action sont fixés par la pratique, la doctrine et la jurisprudence. La commission n'a établi aucune règle qui prévoit que les personnes représentées par avocat devant la commission doivent,

failure. Whether such a rule should be adopted or not is a matter wholly for the board. In the meantime, the matter is left by s. 55 in the board's absolute discretion, untrammelled by the principles which necessarily control the discretion of the Court or a Judge. See *Local Government Bd. v. Arlidge* [1915] A.C. 120.

Robson J.A., dissenting, with whom Fullerton J.A. concurred, said with reference to the word "discretion" in s. 55 of the Act: "I construe this as meaning in the same sense as costs are in the discretion of a Court. The discretion must be exercised in accordance with legal principle."

In *Re Green, Michaels & Associates Ltd. and Public Utilities Board* (1979), 94 D.L.R. (3d) 641, interveners in a rate hearing before the Public Utilities Board of Alberta attacked reductions by the Board in their bills of costs on the ground that the Board had improperly exercised its discretion with respect to costs under s. 60 of *The Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, c. 302, which is in essentially the same terms as s. 73 of the *National Transportation Act*. In the course of his analysis of the issues Clement J.A., who delivered the unanimous judgment of the Alberta Court of Appeal, said at pp. 655-56 (a passage which was quoted with approval by Urie J. in the case at bar):

In the factum of the appellants a number of cases were noted dealing with the discretion exercisable by Courts in the matter of costs of litigation, as well as statements propounded in texts on the subject. I do not find them sufficiently appropriate to warrant discussion. Such costs are influenced by Rules of Court, which in some cases provide block tariffs, and in any event are directed to *lis inter partes*. We are here concerned with the costs of public hearings on a matter of public interest. There is no underlying similarity between the two procedures, or their purposes, to enable the principles underlying costs in litigation between parties to be necessarily applied to public hearings on public concerns. In the latter case the whole of the circumstances are to be taken into account, not merely the position of

sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la commission, avoir droit aux frais si elles ont gain de cause ou payer les frais si elles échouent. La question de savoir si une telle règle devrait être adoptée ou non relève uniquement de la commission. En attendant, l'art. 55 laisse la question à la discrétion absolue de la commission, libre des principes qui contrôlent nécessairement le pouvoir discrétionnaire d'un tribunal ou d'un juge. Voir *Local Government Bd. v. Arlidge*, [1915] A.C. 120.

Le juge Robson, dissident, avec l'appui du juge Fullerton, a dit en ce qui a trait aux termes [TRADUCTION] «pouvoir discrétionnaire» à l'art. 55 de la Loi: [TRADUCTION] «Suivant mon interprétation, ils signifient que les frais relèvent du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux principes juridiques.»

Dans *Re Green, Michaels & Associates Ltd. and Public Utilities Board* (1979), 94 D.L.R. (3d) 641, les intervenants dans une audience portant sur les tarifs devant la Commission des services publics de l'Alberta ont contesté les réductions par la Commission de leurs mémoires de frais sur le fondement qu'elle avait exercé de manière inappropriée son pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait aux frais prévus à l'art. 60 de *The Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, chap. 302, qui est rédigé essentiellement dans les mêmes termes que l'art. 73 de la *Loi nationale sur les transports*. Dans son analyse des questions en litige, le juge Clement, qui a rendu le jugement unanime de la Cour d'appel de l'Alberta, a dit aux pp. 655 et 656 (un passage qui a été cité et approuvé par le juge Urie en l'espèce):

[TRADUCTION] Dans leur mémoire, les appelants citent un certain nombre de causes portant sur le pouvoir discrétionnaire que peuvent exercer les tribunaux en matière de dépens, ainsi que des exposés faits dans des ouvrages sur le sujet. Je ne les trouve pas suffisamment appropriés pour en discuter. L'attribution de ces frais est influencée par des règles de la Cour qui, dans certains cas, donnent des tarifs globaux, et qui, en tout état de cause, visent des *lis inter partes*. En l'espèce, il s'agit de frais d'audiences publiques, sur une question d'intérêt public. Il n'existe pas de similarité fondamentale entre les deux procédures, ou leurs buts, pour permettre aux principes qui sont à la base de l'adjudication des frais de procès entre les parties de s'appliquer nécessairement aux audiences publiques relatives à des questions d'inté-

the litigant who has incurred expense in the vindication of a right.

In *Newfoundland & Labrador Hydro v. Newfoundland & Labrador Federation of Municipalities* (1979), 65 A.P.R. 317, 24 Nfld. & P.E.I.R. 317, the Board of Commissioners of Public Utilities of Newfoundland awarded costs in a fixed sum to the Newfoundland & Labrador Federation of Municipalities as interveners in the hearing of an application by Newfoundland & Labrador Hydro for an increase in rates. Hydro attacked the award of costs on the ground, among others, that the amount was excessive and that the costs should have been taxed on a party and party basis. Section 14(1) of *The Electrical Power Control Act*, 1977 (Nfld.), c. 92, conferred a discretion on the Board with respect to costs in essentially the same terms as s. 73 of the *National Transportation Act*, and like it, expressly conferred the power to award costs in a fixed sum. In the course of rejecting Hydro's contention, Furlong C.J.N. said at p. 320: "I can find no support for bringing in the Rules as to costs in this court to proceedings before independent bodies." Gushue J.A., with whom Morgan J.A. concurred, said at p. 425: "The manner in which the costs are arrived at, and awarded, is a matter strictly within the discretion and competence of the Board, and this Court has no jurisdiction to interfere with that discretion, unless of course improperly exercised. The fact that a litigant in a court proceeding is subject to various rules relating to costs is of no relevance here."

In *Re Bell Canada, supra*, which was considered by both Ryan and Urie J.J. in the case at bar, the issue was whether the Commission could, in the exercise of the authority conferred by s. 73 of the *National Transportation Act*, compel Bell Canada and British Columbia Telephone Company to pay the costs of an independent study ordered by the Commission in preparation for a hearing to consid-

rêt public. Dans ce dernier cas, on doit tenir compte de toutes les circonstances, et pas seulement de la situation de la partie qui a engagé des dépenses pour faire valoir un droit.

^a Dans l'arrêt *Newfoundland & Labrador Hydro v. Newfoundland & Labrador Federation of Municipalities* (1979), 65 A.P.R. 317, 24 Nfld. & P.E.I.R. 317, la Commission des services publics de Terre-Neuve a adjugé les frais en accordant un montant fixe à la Newfoundland & Labrador Federation of Municipalities à titre d'intervenante à l'audience relative à une requête en majoration tarifaire présentée par Newfoundland & Labrador Hydro. Hydro a contesté l'adjudication des frais sur le fondement, notamment, que le montant était excessif et que les frais auraient dû être taxés entre parties. Le paragraphe 14(1) de *The Electrical Power Control Act*, 1977 (T.-N.), chap. 92, conférait un pouvoir discrétionnaire à la Commission en ce qui a trait aux dépens, dans des termes essentiellement identiques à ceux de l'art. 73 de la *Loi nationale sur les transports*, et, comme celui-ci, conférait expressément le pouvoir de fixer les frais à une somme déterminée. En rejetant l'argument de Hydro, le juge Furlong, juge en chef de Terre-Neuve, a dit, à la p. 320: [TRADUCTION] «Je suis d'avis que rien ne permet d'appliquer les règles relatives aux frais en cette cour aux procédures engagées devant des organismes indépendants.» Le juge Gushue avec l'appui du juge Morgan a dit, à la p. 425: [TRADUCTION] «La manière dont les frais sont calculés et adjugés, constitue une question qui relève strictement du pouvoir discrétionnaire et de la compétence de la Commission et cette Cour n'est pas compétente pour intervenir dans ce pouvoir discrétionnaire, à moins évidemment qu'il ne soit exercé de manière inappropriée. Le fait qu'une partie au litige dans une procédure devant un tribunal soit assujettie à diverses règles relatives aux frais n'est pas pertinent en l'espèce.»

ⁱ Dans l'arrêt *Re Bell Canada*, précité, examiné par les juges Ryan et Urie en l'espèce, il s'agissait de savoir si le Conseil pouvait, dans l'exercice du pouvoir que lui confère l'art. 73 de la *Loi nationale sur les transports*, obliger Bell Canada et British Columbia Telephone Company à payer les frais d'une étude indépendante ordonnée par le Conseil pour préparer une audience en vue d'étudier les

er applications for rate increases by these companies. The Federal Court of Appeal held that it could not. Pratte J., with whom Ryan J. and Hyde D.J. concurred, said at pp. 687-88:

In my view, the word "costs" in section 73 of the *National Transportation Act* must, as argued by the appellant, be given its normal legal meaning according to which the costs of a proceeding are the costs incurred by the parties or participants in that proceeding and do not include the expenses of the tribunal before which the proceedings are brought. I do not see any reason to give it a wider meaning. I am confirmed in this opinion by the fact that much of the language used in section 73 is normally used in association with court costs. I have in mind the phrase "costs of and incidental to all proceedings" (which is found in section 50 of the *English Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925, 15 & 16 Geo. 5, c. 49*), the reference to the possibility that costs be fixed at a sum certain or taxed and that the Commission prescribe a "scale" (in the French text: "*tarif*") of costs. If another interpretation were to prevail, the Commission would have the right to force the utility companies which the law obliges to appear before it to defray part of its expenses. This, in my opinion, would be contrary to the general policy of the *National Transportation Act* following which the expenses of the Commission are to be paid out of public funds rather than by the utility companies that are subject to its jurisdiction.

I would agree that the word "costs" in s. 73 must carry the same general connotation as legal costs. It cannot be construed to mean something quite different from or foreign to that general sense of the word, such as an obligation to contribute to the administrative costs of a tribunal or the grant of a subsidy to a participant in proceedings without regard to what may reasonably be considered to be the expense incurred for such participation. Thus I am of the opinion that the word "costs" must carry the general connotation of being for the purpose of indemnification or compensation. In view, however, of the nature of the proceedings before the Commission and the financial arrangements of public interest interveners, the discretion conferred on the Commission by s. 73 must, in my opinion, include the right to take a broad view of the application of the principle of indemnification or compensation. The Commission

requêtes en majoration tarifaire présentées par ces sociétés. La Cour d'appel fédérale a statué qu'il ne pouvait pas le faire. Le juge Pratte avec l'appui du juge Ryan et du juge suppléant Hyde a dit aux pp. 687 et 688:

À mon avis, le terme «frais» qui apparaît à l'article 73 de la *Loi nationale sur les transports* doit, comme le soutient l'appelante, recevoir son acception juridique normale selon laquelle les frais d'une instance sont les frais qu'engagent les parties à cette instance et non les frais du tribunal qui en est saisi. Je ne vois aucune raison de lui donner une acception plus large. Le fait que la plupart des termes dont on se sert à l'article 73 soient normalement employés dans le cas de frais judiciaires me confirme dans cette opinion. Je pense à ce membre de phrase: [TRADUCTION] «les frais qu'entraînent toutes procédures» (que l'on retrouve à l'article 50 de la *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925, d'Angleterre, 15 & 16 Geo. 5, c. 49*), à cette mention aussi que les frais peuvent être fixés à une somme déterminée ou entrer en taxe et que le Conseil peut établir un «tarif» (dans le texte anglais: «*scale*») des frais. Si l'interprétation contraire devait prévaloir, le Conseil aurait alors le droit de forcer les compagnies d'utilités publiques que la Loi oblige à comparaître devant lui à assumer une partie de ses frais. Cela, à mon avis, serait contraire à l'économie générale de la *Loi nationale sur les transports* selon laquelle les frais du Conseil doivent être payés à même les fonds publics et non par les compagnies d'utilités publiques qui relèvent de sa compétence.

Je conviens que le terme «frais» à l'art. 73 doit avoir la même connotation générale que les frais de justice. Il ne peut être interprété de manière à avoir un sens différent du sens général du terme ou un sens étranger à celui-ci, comme l'obligation de contribuer aux frais d'administration d'un tribunal ou comme l'octroi d'une subvention à un participant dans des procédures, sans tenir compte de ce qui peut raisonnablement être considéré comme la dépense engagée à l'égard de cette participation. Je suis donc d'avis que le terme «frais» doit avoir l'indemnisation pour connotation générale. Toutefois, compte tenu de la nature des procédures devant le Conseil et des accords financiers entre les intervenants représentant l'intérêt public, le pouvoir discrétionnaire que confère l'art. 73 au Conseil doit, à mon avis, comprendre le droit d'adopter une interprétation large à l'égard de l'application du principe de l'indemnisation. Le Conseil ne

therefore should not be bound by the strict view of whether expense has been actually incurred that is applicable in the courts. It should, for example, be able to fix the expense which may be reasonably attributed to a particular participation by a public interest intervenor as being deemed to have been incurred, whether or not as a result of the particular means by which the intervention has been financed there has been any actual out-of-pocket expense. This is what I understand the Commission to have done in this case. It did not reject the general concept of indemnification or compensation, as indicated by the provision in its draft and adopted rules that the costs awarded to an intervenor "shall not exceed those necessarily and reasonably incurred by the intervenor in connection with its intervention"—a requirement included by the taxing officer in his summary of the principles which should govern him as a result of the general approach to the award of costs to intervenors adopted by the Commission. What the Commission did reject, as I read its reasons and those of the taxing officer, was the contention that in its application of the general principle of indemnification or compensation it should be governed by the authorities reflecting the application of that principle in the courts. In doing so, it did not in my opinion err in law, so long as it adopted a reasonable approach, as it appears to have done, to what should be deemed to be the expenses incurred for the interventions on behalf of CAC and NAPO *et al.* I would accordingly dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: E. E. Saunders, Hull.

Solicitor for the respondent the Consumers' Association of Canada: K. J. MacDonald, Ottawa.

Solicitor for the respondent the National Anti-Poverty Organization: M. Wolpert, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

devrait pas être lié par le strict point de vue de savoir si la dépense a été réellement engagée comme c'est le cas devant les tribunaux. Il devrait, par exemple, être en mesure de fixer la dépense qui peut être raisonnablement attribuée à une participation particulière d'un intervenant représentant l'intérêt public et qui est présumée avoir été engagée, que les moyens particuliers en vertu desquels l'intervention a été financée aient entraîné ou non une dépense réelle. À mon avis, c'est ce que le Conseil a fait en l'espèce. Il n'a pas rejeté le concept général d'indemnisation comme l'indique la disposition de son projet de règle ou des règles qui ont été adoptées selon laquelle les frais adjugés à l'intervenant «ne doivent pas dépasser les frais nécessaires et raisonnables engagés par l'intervenant pour son intervention»—une exigence que l'agent taxateur a inscrite dans son résumé des principes qui devraient le régir vu la démarche générale qu'a adoptée le Conseil en matière d'adjudication des frais aux intervenants. Ce que le Conseil a effectivement rejeté, selon mon interprétation de ses motifs et de ceux de l'agent taxateur, c'est l'argument selon lequel dans son application du principe général d'indemnisation, il devrait être régi par la jurisprudence qui est le résultat de l'application de ce principe devant les tribunaux judiciaires. Ce faisant, à mon avis, il n'a pas commis d'erreur de droit, dans la mesure où il a adopté une démarche raisonnable, comme cela paraît avoir été le cas, en ce qui a trait aux dépenses qui devraient être présumées avoir été engagées à l'égard des interventions pour le compte de l'ACC et de l'ONAP *et al.* Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: E. E. Saunders, Hull.

Procureur de l'intimée l'Association des consommateurs du Canada: K. J. MacDonald, Ottawa.

Procureur de l'intimée l'Organisation nationale anti-pauvreté: M. Wolpert, Ottawa.

Procureurs de l'intimé le Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

George Golden, Eleanor Golden, John McGuckin and Leemar Holdings Ltd. *Respondents*.

File Nos.: 17708, 17709, 17710, 17711.

1985: May 2; 1986: February 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, Chouinard, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Computation of income — Sale of land and buildings — Parties' allocation of price between depreciable and non-depreciable property reassessed by Minister of National Revenue pursuant to s. 68 of the Income Tax Act — Whether the Minister's power under s. 68 applicable to such transaction — Whether parties' allocation of purchase price reasonable — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 68.

Respondents sold in an arm's length transaction a plot of land containing apartment buildings for \$5,850,000. The Agreement of Purchase and Sale expressly provided that of this total price \$5,100,000 was allocated to land and \$750,000 was allocated to "equipment, buildings, roads, sidewalks, etc." Pursuant to s. 68 of the *Income Tax Act*, the Minister of National Revenue reassessed the respondents' allocation of proceeds with the result that substantial amounts of recaptured capital cost allowances were added to their incomes. The respondents appealed the Minister's assessment to the Federal Court. The Trial Division dismissed their appeal but the Court of Appeal unanimously set aside the judgment with the majority holding that s. 68 had no application to this transaction.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Estey and La Forest JJ.: Section 68 of the *Income Tax Act* is applicable to the present transaction. The expression "something else" in the section does not refer only to something other than property. Considering the broad definition of "property" in s. 248(1) of the Act, such an interpretation would substantially gut the section of all meaning and confine it to a minuscule part of commercial transactions. It is unlikely that Parliament, in the 1972 amendments, intended to abandon the aim achieved by s. 20(6)(g) of

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

George Golden, Eleanor Golden, John McGuckin et Leemar Holdings Ltd. *Intimés*.

N^{os} du greffe: 17708, 17709, 17710, 17711.

1985: 2 mai; 1986: 28 février.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Chouinard, Lamer, Wilson et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Vente d'un terrain et de bâtiments — Répartition du prix établie par les parties entre les biens amortissables et les biens non amortissables modifiée par le ministre du Revenu national en vertu de l'art. 68 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Le pouvoir conféré au Ministre par l'art. 68 est-il applicable à cette opération? — La répartition du prix d'achat établie par les parties est-elle raisonnable? — Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 68.

Dans une opération sans lien de dépendance, les intimés ont vendu pour la somme de 5 850 000 \$ un terrain comportant des immeubles d'appartements. La promesse de vente prévoit expressément que ce prix total est réparti à raison de 5 100 000 \$ pour le terrain et de 750 000 \$ pour «le matériel, les bâtiments, les chemins, les trottoirs, etc.» Conformément à l'art. 68 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre du Revenu national a modifié la répartition du produit faite par les intimés, ce qui a eu pour conséquence d'ajouter à leur revenu des sommes importantes d'amortissement récupéré. Les intimés ont interjeté appel de la cotisation du Ministre à la Cour fédérale. La Division de première instance a rejeté leur appel, mais la Cour d'appel a infirmé, à l'unanimité, la décision de première instance, statuant à la majorité que l'art. 68 ne s'appliquait pas à l'opération.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey et La Forest: L'article 68 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est applicable à la présente opération. L'expression «quelque chose d'autre» que l'on trouve dans cet article ne vise pas seulement quelque chose qui n'est pas un bien. Compte tenu de la définition générale du mot «biens» qui figure au par. 248(1) de la Loi, une telle interprétation aurait essentiellement pour effet de dépouiller l'article de tout son sens et d'en limiter l'application à une part minuscule des opérations commer-

the *Income Tax Act* of 1952 and enact a new section having very similar wording but no similar application. To be in harmony with the purpose of s. 68, the expression "something else" must be given the widest meaning reasonably assignable, one which includes non-property as well as property items or classes of property. This interpretation justifies the inclusion of s. 68 in the part of the Act entitled "Rules Relating to Computation of Income" as the section would have a wide and useful application. Section 13(21.1), added to the Act in 1982, was of no assistance in determining the proper reach of s. 68.

Finally, for the reasons given by the Federal Court of Appeal, the allocation of purchase price made by the parties was "reasonable" within the meaning of the section.

Per Chouinard, Lamer and Wilson JJ.: Section 68 of the *Income Tax Act* has no application to this transaction and the allocation agreed upon by the parties dealing at arm's length must stand. Section 68 does not empower the Minister to reassess the allocation of proceeds between depreciable and non-depreciable property. On its plain meaning, this section applies only to transactions in which there has been a disposition of property and a disposition of something other than property.

The legislative history of s. 68 and its place within the scheme of the Act reinforce this plain meaning. Indeed, despite some similarity in language, s. 68 is not the successor of s. 20(6)(g) repealed the same year s. 68 was enacted. Section 68 is found in that portion of the Act dealing with the computation of income generally, whereas s. 20(6)(g) was found in the part dealing with depreciable property and capital cost allowances. Both provisions embody two distinct policy objectives and each has its own sphere of operation.

The statutory provisions governing recapture of capital cost allowance clearly require an allocation of proceeds as between depreciable and non-depreciable property. Prior to 1972 this was achieved through the mechanism of the Minister's discretionary power in s. 20(6)(g). It is now achieved through the specific provisions of s. 13. Section 13(21.1) would have caught the present sale had it taken place after the enactment of that provision.

ciales. Il est invraisemblable que le législateur ait voulu, dans les modifications de 1972, abandonner l'objectif atteint par l'al. 20(6)g de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1952 et adopter une nouvelle disposition rédigée dans des termes très semblables, mais qui n'aurait pas la même application. Pour être compatible avec l'objet de l'art. 68, on doit donner à l'expression «quelque chose d'autre» le sens le plus large qu'on puisse raisonnablement lui attribuer et qui permet de viser des choses qui ne sont pas des biens autant que des biens ou catégories de biens. Cette interprétation justifie l'inclusion de l'art. 68 dans la partie de la Loi intitulée «Règles relatives au calcul du revenu», puisque l'article aurait une application générale et utile. Le paragraphe 13(21.1), ajouté à la Loi en 1982, n'est d'aucune utilité pour ce qui est de déterminer la portée véritable de l'art. 68.

Enfin, pour les motifs donnés par la Cour d'appel fédérale, la répartition du prix d'achat établie par les parties est «raisonnable» au sens de l'article.

Les juges Chouinard, Lamer et Wilson: L'article 68 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne s'applique pas à cette opération et la répartition convenue entre les parties, qui sont sans lien de dépendance, doit être maintenue. L'article 68 ne permet pas au Ministre de modifier la répartition du produit entre les biens amortissables et ceux qui ne le sont pas. Selon son sens ordinaire, cet article s'applique uniquement aux opérations dans lesquelles il y a eu disposition d'un bien et disposition de quelque chose d'autre qui n'est pas un bien.

L'historique législatif de l'art. 68 et l'endroit où il se trouve dans la Loi renforcent ce sens ordinaire. Malgré une certaine similitude de rédaction, l'art. 68 ne remplace pas l'al. 20(6)g abrogé l'année même où l'art. 68 a été adopté. L'article 68 se trouve dans la partie de la Loi qui porte sur le calcul du revenu de façon générale, alors que l'al. 20(6)g se trouvait dans la partie qui visait les biens amortissables et les déductions pour amortissement. Les deux dispositions incarnent deux objectifs de politique fiscale différents et chacune a son propre domaine d'application.

Les dispositions législatives qui régissent la récupération de la déduction pour amortissement exigent manifestement une répartition du produit entre un bien amortissable et un bien qui ne l'est pas. Avant 1972, le Ministre avait en vertu de l'al. 20(6)g le pouvoir discrétionnaire de réaliser cette répartition. Elle est maintenant réalisée par les dispositions expresses de l'art. 13. Le paragraphe 13(21.1) se serait appliqué à la vente en l'espèce si elle avait eu lieu après l'entrée en vigueur de cette disposition.

Cases Cited

Attorney General of Canada v. Matador Inc., [1980] 2 F.C. 703; *Rapistan Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 739, aff'd [1976] 1 S.C.R. vi; *Canadian Propane Gas & Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, 73 DTC 5019; *R. v. Malloney's Studio Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 326; *Minister of National Revenue v. Leon*, [1977] 1 F.C. 249; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 20(6)(g) [rep. & subs. 1953-54 (Can.), c. 57, s. 5; rep. 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 1].
Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, ss. 12, 13, 13(1), (21), (21.1) [added 1980-81-82-83 (Can.), c. 140, s. 6(2)], 20(1)(a), 38(a), 54(a), 68, 248(1) "property".

Authors Cited

Maxwell on the Interpretation of Statutes, 12th ed. by P. St. J. Langan, London, Sweet & Maxwell, 1969.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1983] 2 F.C. 599, [1983] CTC 112, 83 DTC 5138, 47 N.R. 117, setting aside a judgment of the Trial Division, [1980] CTC 488, 80 DTC 6378. Appeal dismissed.

Alban Garon, Q.C., and *Beverly J. Hobby*, for the appellant.

Gregory T. W. Bowden and *Jacklyn Dean*, for the respondents.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Estey and La Forest J.J. was delivered by

ESTEY J.—I have had the benefit of reading the judgment of my colleague Wilson J. and, while I respectfully reach the same outcome as does she, I follow quite a different route to that result. I find s. 68 to be applicable; however, I would confirm that the allocation of the proceeds of sale as between land and buildings was reasonable, as determined below for the reasons advanced by both Thurlow C.J. and Heald J. in the Court of Appeal.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Procureur général du Canada c. Matador Inc.*, [1980] 2 C.F. 703; *Rapistan Canada Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 739, confirmé à [1976] 1 R.C.S. vi; *Canadian Propane Gas & Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, 73 DTC 5019; *R. c. Malloney's Studio Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 326; *Ministre du Revenu national c. Leon*, [1977] 1 C.F. 249; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 20(6)(g) [abr. et rempl. 1953-54 (Can.), chap. 57, art. 5; abr. 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 1].
Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 12, 13, 13(1), (21), (21.1) [ajouté à 1980-81-82-83 (Can.), chap. 140, art. 6(2)], 20(1)(a), 38(a), 54(a), 68, 248(1) «biens».

Doctrines citées

Maxwell on the Interpretation of Statutes, 12th ed. by P. St. J. Langan, London, Sweet & Maxwell, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1983] 2 C.F. 599, [1983] CTC 112, 83 DTC 5138, 47 N.R. 117, qui a infirmé une décision de la Division de première instance, [1980] CTC 488, 80 DTC 6378. Pourvoi rejeté.

Alban Garon, c.r., et *Beverly J. Hobby*, pour l'appelante.

Gregory T. W. Bowden et *Jacklyn Dean*, pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Estey et La Forest rendu par

LE JUGE ESTEY—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de ma collègue le juge Wilson et, avec égards, bien que j'arrive à la même conclusion, j'y parviens par un cheminement tout à fait différent. Je conclus que l'art. 68 est applicable, je confirmerais cependant que la répartition du produit de la vente entre le terrain et les bâtiments était raisonnable, tel qu'établi en Cour d'appel pour les motifs proposés par le juge en chef Thurlow et le juge Heald.

Section 68 was introduced with the new *Income Tax Act* of 1972 (1970-71-72 (Can.), c. 63) and, while it appears in the reasons of Wilson J., I set it out here for convenience:

68. Where an amount can reasonably be regarded as being in part the consideration for the disposition of any property of a taxpayer and as being in part the consideration for something else, the part of the amount that can reasonably be regarded as being the consideration for such disposition shall be deemed to be proceeds of disposition of that property irrespective of the form or legal effect of the contract or agreement; and the person to whom the property was disposed of shall be deemed to have acquired the property at the same part of that amount.

In the pre-1972 *Income Tax Act* ("the old Act"), R.S.C. 1952, c. 148 as amended, a somewhat comparable provision was found in s. 20(6)(g) which I repeat here for convenience:

(g) where an amount can reasonably be regarded as being in part the consideration for disposition of depreciable property of a taxpayer of a prescribed class and as being in part consideration for something else, the part of the amount that can reasonably be regarded as being the consideration for such disposition shall be deemed to be the proceeds of disposition of depreciable property of that class irrespective of the form or legal effect of the contract or agreement; and the person to whom the depreciable property was disposed of shall be deemed to have acquired the property at a capital cost to him equal to the same part of that amount.

This section came before the Court in *R. v. Malloney's Studio Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 326, where the Court determined that the section applied to a disposition of depreciable property together with "something else". In the context of that proceeding, this meant that the Minister of National Revenue was not empowered by the section to reallocate a consideration received by the vendor from a purchaser on a sale of land "clear of all buildings".

Section 68 makes reference to a disposition of "any property", which of course would include depreciable and non-depreciable property, real

L'article 68 a été adopté avec la nouvelle *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1972 (1970-71-72 (Can.), chap. 63) et bien qu'il soit déjà cité dans les motifs du juge Wilson, je le reproduis ici pour des motifs de commodité:

68. Lorsqu'une somme peut raisonnablement être considérée comme étant en partie la contrepartie de la disposition de tout bien d'un contribuable, et comme étant en partie la contrepartie de quelque chose d'autre, la partie de la somme qui peut raisonnablement être considérée comme étant la contrepartie de cette disposition est réputée être le produit de la disposition de ce bien, quelle que soit la forme ou les effets juridiques du contrat ou de la convention; et la personne qui a acquis le bien à la suite de sa disposition est réputée l'avoir acquis à un prix égal à la même partie de cette somme.

Dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* antérieure à 1972 («l'ancienne loi»), S.R.C. 1952, chap. 148 et ses modifications, on trouvait une disposition assez semblable à l'al. 20(6)(g) que je cite ici également pour des motifs de commodité:

(g) lorsqu'un montant peut être raisonnablement considéré comme étant en partie la cause ou considération de la disposition de biens d'un contribuable, susceptibles de dépréciation et appartenant à une catégorie prescrite, et comme étant en partie la cause ou considération pour d'autre chose, la fraction du montant qui peut être raisonnablement considérée comme étant la cause ou considération de cette disposition est censée être le produit de la disposition de biens susceptibles de dépréciation appartenant à cette catégorie, indépendamment de la forme ou de l'effet juridique du contrat ou de la convention; et la personne envers qui on a disposé des biens susceptibles de dépréciation est réputée avoir acquis les biens à un coût en capital, pour elle, égal à la même fraction de ce montant;

Cette Cour a été saisie de cet article dans l'arrêt *R. c. Malloney's Studio Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 326, dans lequel elle a statué que l'article s'applique à la disposition de biens susceptibles de dépréciation et «d'autre chose». Dans le contexte de cette affaire, cela signifiait que le ministre du Revenu national ne pouvait pas, en vertu de cet article, modifier la répartition de la contrepartie que le vendeur avait reçue de l'acquéreur lors de la vente d'un terrain «débarrassé de tous bâtiments».

La version anglaise de l'art. 68 parle de la disposition de «*any property*» ce qui évidemment inclut les biens amortissables et ceux qui ne le sont

property and personal property, and indeed incorporeal property rights and presumably anything which, under s. 248 of the Act, may properly be classified as "property". In contrast, the old Act provision referred to the "disposition of depreciable property". In s. 68 the draftsman went on to refer to the property under disposition as "that property". With reference to the purchaser, the provision describes the property disposed of as "the property". While "any property" can reasonably be understood as particular (any piece of property as opposed to any other piece of property) or general (any property as opposed to any thing which is not property), this potential ambiguity is resolved with reference to the other words of the section, which must all be given meaning (see *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), pp. 36-39). With due respect to those who may reach a conclusion to the contrary, the use in the section of the expressions "that property" and "the property", in association with the opening reference to "any property", leads me to the conclusion that "the disposition of any property" means the sale of a particular item or items of property.

I find support for this construction of s. 68 in the French language text where the phrase "*de tout bien*" is employed in place of "any property" in the English version. Again, in the French version, "that property" and "the property" appear as "*ce bien*" and "*le bien*", and not in the plural form. The singular form is chosen because it is not "*biens*", or property in general, that is contrasted with "something else", but rather particular property.

The quantity or element in contrast to "any property", construed as above discussed, is the consideration paid for "something else". In this appeal, the issue, simply stated, narrows down to a determination as to whether "something else" includes other property or refers only to something other than property.

Even a cursory examination of the result of the adoption of the latter alternative, namely that the "something else" must be something which is not in law "property", reveals that the section would

pas, les biens immeubles et les biens meubles et même les droits relatifs à des biens incorporels, et probablement tout ce qui en vertu de l'art. 248 de la Loi peut être situé dans la catégorie des «biens». Par contre, le texte de l'ancienne loi parlait de la «disposition de biens . . . susceptibles de dépréciation». Dans l'article 68, les rédacteurs poursuivent en désignant le bien faisant l'objet de la disposition par les termes «*that property*». Quant à l'acquéreur, la disposition décrit le bien aliéné au moyen des termes «*the property*». Bien qu'on puisse interpréter «*any property*» comme défini (tout bien précis par opposition à tout autre bien précis) ou indéfini (tout bien par opposition à toute chose qui n'est pas un bien), cette ambiguïté possible se résout en fonction des autres mots de l'article, qui doivent tous avoir un sens (voir *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), pp. 36 à 39). Avec égards pour ceux qui peuvent arriver à la conclusion opposée, l'emploi dans cet article des expressions «*that property*» et «*the property*», de concert avec la mention en début d'article de «*any property*», m'amène à conclure que la «disposition de tout bien» signifie la vente d'un seul bien ou de plusieurs biens particuliers.

Je m'appuie, dans cette interprétation de l'art. 68, sur la version française du texte où l'on emploie l'expression «de tout bien» pour rendre l'expression «*any property*» que l'on trouve dans la version anglaise. Plus loin, «*that property*» et «*the property*» sont rendus en français par «ce bien» et «le bien» au singulier et non au pluriel. On a choisi le singulier parce qu'il ne s'agit pas d'opposer des «biens» en général mais plutôt un bien particulier à «quelque chose d'autre».

La chose ou l'élément opposé à «tout bien», interprété selon ce qui précède, est la contrepartie payée pour «quelque chose d'autre». Dans le présent pourvoi, la question en litige, exprimée simplement, se ramène à déterminer si l'expression «quelque chose d'autre» inclut un autre bien ou si elle vise seulement quelque chose qui n'est pas un bien.

Même un examen sommaire de ce qui découlerait de l'adoption de la dernière proposition, c.-à-d. que «quelque chose d'autre» doit être quelque chose qui, en droit, n'est pas un «bien», fait voir

be substantially gutted of all meaning. Section 248(1) of the *Income Tax Act* defines property as follows:

“property” means property of any kind whatever whether real or personal or corporeal or incorporeal and, without restricting the generality of the foregoing, includes

(a) a right of any kind whatever, a share or a chose in action,

This extremely broad definition of property leaves very little in the “non-property” classification. It would appear to include a contract right and might in some circumstances include a right to assert a covenant by a vendor to deliver “know-how”. It may be thought that “services” would be “something else”. Consideration paid for “services” will in most, if not all, cases fall within the basic income tax provisions in Division B, including s. 12. Thus, if “something else” is interpreted to refer only to non-property items, the result would be the confinement of s. 68 to at most a minuscule part of commercial transactions. Indeed, it would be somewhat unusual to find in the part of the Act entitled “Rules Relating to Computation of Income” such a narrowly tuned taxing provision. This is particularly evident when one considers the multitudinous transactions to which the above-quoted provision in the old Act was applicable. It would seem unlikely that Parliament, in the 1972 amendment, intended to abandon the aims achieved by s. 20(6)(g) and enact a new section having very similar wording but no similar application.

In *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at pp. 573-79, the Court recognized that in the construction of taxation statutes the law is not confined to a literal and virtually meaningless interpretation of the Act where the words will support on a broader con-

que l'article serait vraiment dépouillé de tout son sens. Le paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* définit le terme «biens» de la façon suivante:

«biens» signifie des biens de toute nature, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels et comprend, sans restreindre la portée générale de ce qui précède,

a) un droit de quelque nature qu'il soit, une action ou part,

Cette définition extrêmement générale du terme «biens» laisse très peu de chose dans la catégorie de ce qui ne constitue pas un bien. Elle semblerait viser un droit découlant d'un contrat et pourrait, dans certaines circonstances, viser le droit d'exiger l'exécution de l'engagement d'un vendeur de communiquer le «savoir-faire». On peut penser que des «services» constitueraient «quelque chose d'autre». La contrepartie payée pour des «services» sera visée dans presque tous les cas, sinon tous, par les dispositions fondamentales relatives à l'impôt sur le revenu que l'on trouve dans la section B, y compris l'art. 12. Donc si l'on interprétait l'expression «quelque chose d'autre» comme visant seulement des choses qui ne sont pas des biens, il en résulterait que l'on limiterait l'application de l'art. 68 à une part minuscule des opérations commerciales tout au plus. Il serait en réalité un peu étrange de trouver, dans la partie de la Loi intitulée «Règles relatives au calcul du revenu», une disposition fiscale d'application aussi restreinte. Cela est particulièrement évident si l'on considère le grand nombre d'opérations auxquelles s'appliquait la disposition précitée de l'ancienne Loi. Il semblerait invraisemblable que le législateur ait voulu, dans la modification de 1972, abandonner les objectifs atteints par l'al. 20(6)(g) et adopter une nouvelle disposition rédigée dans des termes très semblables, mais qui n'aurait pas la même application.

Dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, aux pp. 573 à 579, la Cour a reconnu que, dans l'interprétation des lois fiscales, la règle applicable ne se limite pas à une interprétation de la loi littérale et presque dépourvue de sens lorsque, selon une interprétation plus

struction a conclusion which is workable and in harmony with the evident purposes of the Act in question. Strict construction in the historic sense no longer finds a place in the canons of interpretation applicable to taxation statutes in an era such as the present, where taxation serves many purposes in addition to the old and traditional object of raising the cost of government from a somewhat unenthusiastic public.

It would therefore seem to me that the expression "something else" must be given the widest meaning reasonably assignable, which would include different items and classes of property as well as the rarer class of non-property. This interpretation would justify the inclusion of s. 68 in the "Rules Relating to Computation of Income", as the section would have a wide and useful application in the determination of taxability across the commercial spectrum.

It has been said that this result has been achieved (subsequent to the assessment here in issue) by an amendment to s. 13. The amendment, effected by 1980-81-82-83 (Can.), c. 140, s. 6(2), is found in s. 13(21.1). This is a long and quite complex provision which applies only to the combined sale of buildings and subjacent or contiguous land. It would have no application, therefore, to a single contract under which disposition is made of different classes of personal property attracting different rates of capital cost allowance or different taxation treatment under the Act. Furthermore, the section would not appear to relate (but the Court is not here called upon to so determine) to those situations where the taxpayer has disposed of buildings described in subs. (21.1) for more than their undepreciated capital cost, but in the view of the taxing authority for less (under the contract allocation of price) than the reasonable value of the depreciable property in question. That is to say, the section would not appear to be available to the tax authority where the taxpayer has ordered his affairs so as to admit some liability for recaptured depreciation, but less than the tax collector considers to be a "reasonable" amount. Therefore, I find the introduction of this amend-

large, les mots permettent d'arriver à une conclusion réalisable et compatible avec les objectifs évidents de la loi en cause. L'interprétation stricte, au sens historique du terme, n'a plus sa place dans les règles d'interprétation applicables aux lois fiscales à une époque comme la nôtre où la fiscalité sert beaucoup d'autres objectifs que l'objectif ancien et traditionnel qui était de prélever des fonds pour les dépenses du gouvernement chez un public quelque peu réticent.

Il me semble donc qu'il faut donner à l'expression «quelque chose d'autre» le sens le plus large qu'on puisse raisonnablement lui attribuer, ce qui permettrait de viser différents objets et différentes catégories de biens en plus de la catégorie moins fournie des choses qui ne sont pas des biens. Cette interprétation justifierait l'inclusion de l'art. 68 dans les «Règles relatives au calcul du revenu» puisque l'article aurait une application générale et utile pour déterminer l'assujettissement à l'impôt de toute la gamme des opérations commerciales.

On a dit qu'une modification de l'art. 13 a permis d'atteindre ce résultat (après la cotisation en litige en l'espèce). Cette modification, apportée par 1980-81-82-83 (Can.), chap. 140, par. 6(2), se trouve au par. 13(21.1). Il s'agit d'une disposition longue et assez complexe qui s'applique uniquement aux ventes combinées de bâtiments et du fonds de terre sous-jacent ou adjacent aux bâtiments. Elle ne s'appliquerait donc pas au contrat unique en vertu duquel on dispose de biens appartenant à différentes catégories de biens meubles qui commandent des taux différents de déduction pour amortissement ou encore l'application de différentes dispositions fiscales en vertu de la Loi. De plus, l'article ne semblerait pas s'appliquer (la Cour n'est cependant pas appelée à se prononcer sur ce sujet) au cas où le contribuable a disposé de bâtiments mentionnés au par. (21.1) pour un prix supérieur à leur coût en capital non amorti mais, de l'avis du percepteur, pour un coût moindre (selon la répartition du prix établie par le contrat) que la valeur raisonnable du bien amortissable dont il est question. Autrement dit, le percepteur ne semblerait pas pouvoir invoquer l'article lorsque le contribuable a organisé ses affaires de manière à reconnaître un certain assujettissement pour

ment into the statute after the event to be of little or no assistance in determining the proper reach of s. 68.

I conclude that s. 68 is applicable to the transaction here before the Court. It is therefore necessary to determine the second issue, namely whether the Court of Appeal was correct in its conclusion that the allocation of purchase price made by the parties is "reasonable" within the meaning of the section. For the reasons given by the learned Chief Justice and Heald J. in the Court of Appeal, in the circumstances of this proceeding, the allocation established by the contract between the parties is reasonable.

I therefore would dismiss the appeal in the manner proposed by Wilson J.

The reasons of Chouinard, Lamer and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J.—This case involves the interpretation of s. 68 of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63 as amended, and entails a consideration of the Minister of National Revenue's power to deem an allocation of the proceeds of sale between depreciable and non-depreciable property when both are sold together as a package. The section reads:

68. Where an amount can reasonably be regarded as being in part the consideration for the disposition of any property of a taxpayer and as being in part consideration for something else, the part of the amount that can reasonably be regarded as being the consideration for such disposition shall be deemed to be proceeds of disposition of that property irrespective of the form or legal effect of the contract or agreement; and the person to whom the property was disposed of shall be deemed to have acquired the property at the same part of that amount.

1. The Facts

The respondents were the sole partners in an investment group known as the Bel Air Syndicate and jointly owned a 27.32 acre plot of land on the outskirts of Edmonton. On this land they built the

l'amortissement récupéré, mais pour un montant moindre que ce que le percepteur considère comme «raisonnable». En conséquence, je conclus que l'adoption de cette modification de la Loi après
a coup facilite peu ou pas du tout la détermination de la portée véritable de l'art. 68.

Je conclus que l'art. 68 est applicable à l'opération soumise à la Cour en l'espèce. Il est donc
b nécessaire de trancher la seconde question, savoir si la Cour d'appel a eu raison de conclure que la répartition du prix d'achat établie par les parties est «raisonnable» au sens de l'article. Pour les motifs donnés en Cour d'appel par le savant Juge
c en chef et le juge Heald, la répartition établie dans le contrat conclu entre les parties est raisonnable compte tenu des circonstances de l'espèce.

d Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi comme le propose le juge Wilson.

Version française des motifs des juges Chouinard, Lamer et Wilson rendus par

e LE JUGE WILSON—L'espèce porte sur l'interprétation de l'art. 68 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et ses modifications, et nécessite l'examen du pouvoir du ministre du Revenu national d'établir la répartition du produit d'une vente entre les biens amortissables et ceux qui ne le sont pas lorsque les uns et les autres sont vendus ensemble comme un tout. L'article est ainsi conçu:

f 68. Lorsqu'une somme peut raisonnablement être considérée comme étant en partie la contrepartie de la disposition de tout bien d'un contribuable, et comme étant en partie la contrepartie de quelque chose d'autre, la partie de la somme qui peut raisonnablement être
g considérée comme étant la contrepartie de cette disposition est réputée être le produit de la disposition de ce bien, quelle que soit la forme ou les effets juridiques du
h contrat ou de la convention; et la personne qui a acquis le bien à la suite de sa disposition est réputée l'avoir
i acquis à un prix égal à la même partie de cette somme.

1. Les faits

Les intimés étaient les seuls membres d'une société de placement désignée sous le nom de Bel Air Syndicate et les propriétaires conjoints d'un terrain de 27,32 acres en périphérie d'Edmonton.

Bel Air Apartments consisting of twenty-five three story walk-up apartment buildings and developed the land for residential use by installing services, roads, sidewalks, etc.

On March 7, 1973 a syndicate consisting of N. M. Skalbania Ltd. and others ("Skalbania") made an unsolicited offer to purchase the Bel Air property for the sum of \$5,600,000 in accordance with a valuation breakdown of \$2,600,000 for the land, \$2,400,000 for the buildings and \$600,000 for "trucks, equipment, roads, etc." The respondents rejected this offer but pursued further negotiations with Skalbania. These negotiations were successful and on March 14, 1973 the parties entered into an Agreement of Purchase and Sale stipulating a total sale price of \$5,850,000. The Agreement expressly provided that of this total price \$5,100,000 was allocated to land and \$750,000 was allocated to "equipment, buildings, roads, sidewalks, etc." Based on this allocation the respondents reported a small taxable capital gain resulting from the sale but did not include any recapture of capital cost allowances in computing their 1973 incomes. The Minister reassessed the respondents pursuant to s. 68 of the *Income Tax Act* with the result that substantial amounts of recaptured capital cost allowances were added to their incomes. The respondents appealed the Minister's reassessment to the Federal Court.

2. The Courts Below

In the Federal Court Trial Division, [1980] CTC 488, 80 DTC 6378, Mahoney J. found that, in assessing the apportionment of the purchase price between land and depreciated equipment and buildings, the Minister can under s. 68 deem a reasonable apportionment without regard to the figures stipulated in the Agreement of Purchase and Sale. Indeed, the entire trial proceeded on the assumption that s. 68 was applicable to this transaction and that the only dispute was with respect to the proper approach to the computation of the Minister's deemed allocation. The Crown's expert land appraiser testified that the value of the land

Ils ont construit sur ce terrain les appartements Bel Air consistant en vingt-cinq immeubles d'appartements de trois étages sans ascenseur et aménagé le terrain à des fins résidentielles en pourvoyant aux services, aux rues, aux trottoirs, etc.

Le 7 mars 1973, un consortium composé notamment de N. M. Skalbania Ltd. et autres («Skalbania») a présenté une offre spontanée d'acheter le domaine Bel Air pour la somme de 5 600 000 \$, la répartition de l'évaluation étant établie à 2 600 000 \$ pour le terrain et à 2 400 000 \$ pour les bâtiments et 600 000 \$ pour [TRADUCTION] «les camions, le matériel et les chemins, etc.» Les intimés ont refusé cette offre, mais ont continué de négocier avec Skalbania. Ces négociations ont abouti et, le 14 mars 1973, les parties ont signé une promesse de vente établissant le prix total à 5 850 000 \$. La promesse de vente prévoit expressément que ce prix de vente est réparti à raison de 5 100 000 \$ pour le terrain et de 750 000 \$ pour [TRADUCTION] «le matériel, les bâtiments, les chemins, les trottoirs, etc.» S'appuyant sur cette répartition, les intimés ont déclaré un gain de capital imposable minime par suite de la vente, mais n'ont inclus aucune récupération d'amortissement dans le calcul de leur revenu de 1973. Le Ministre a adressé aux intimés une nouvelle cotisation conformément à l'art. 68 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ce qui a eu comme conséquence d'ajouter à leur revenu des sommes importantes d'amortissement récupéré. Les intimés ont interjeté appel de la nouvelle cotisation du Ministre à la Cour fédérale.

2. Les cours d'instance inférieure

En Division de première instance de la Cour fédérale, [1980] CTC 488, 80 DTC 6378, le juge Mahoney a conclu qu'en évaluant la répartition du prix d'achat entre le terrain, le matériel amorti et les bâtiments, le Ministre peut en vertu de l'art. 68 établir une répartition raisonnable sans tenir compte des chiffres mentionnés dans la promesse de vente. En réalité, toute l'affaire a été instruite en fonction de l'hypothèse que l'art. 68 s'applique à cette opération et que le litige a trait uniquement à l'analyse pertinente du calcul de la répartition établie par le Ministre. L'expert en évaluation immobilière de Sa Majesté a témoigné que la

alone at the time of the sale was \$2,320,000 rather than \$5,100,000 as stipulated in the Agreement. This figure was accepted by the learned trial judge as being objectively correct. He then went on to consider whether s. 68 called for such an objective valuation or whether it was more appropriate to consider the values in question from the point of view of one or the other of the parties to the transaction.

Mahoney J. accepted that the value of the Bel Air land to Skalbania in March 1973 was \$5,100,000 as indicated in the Agreement and that this was in fact what Skalbania had agreed to pay for it. Emphasis was placed on the fact that Skalbania was a knowledgeable real estate operator dealing at arm's length with the respondent vendors and that from Skalbania's point of view this was not an unreasonable purchase price for the land in question. Mahoney J. did not, however, consider this finding to be determinative of the valuation issue since what was sold was not the land alone but other things along with it. He proceeded to reason that what must be determined under s. 68 is not the value of the land to the purchaser but:

... 'the amount that can reasonably be regarded as being the consideration for ... disposition' of the land in the circumstance [in which] that land and other things were sold.

This was perceived as a determination to be approached from the point of view of the vendor rather than the purchaser as it is consideration for disposition, not consideration for acquisition, that the section specifies.

Having held that the determination is to be made from the vendors' rather than the purchaser's point of view, Mahoney J. then found that the respondents had led no evidence whatsoever upon which he could make such a determination. Rather than deem an allocation between the value of the land and the value of the depreciable property based on the testimony of the Crown's expert witness alone, he referred the matter back to the Minister for reassessment in accordance with the principle he had set out. Ultimately, these reassessments resulted in a substantial recapture of

valeur du terrain seul, à l'époque de la vente, était de 2 320 000 \$ plutôt que de 5 100 000 \$ comme le mentionne la promesse de vente. Le juge de première instance a considéré ce chiffre comme objectivement exact. Il a ensuite examiné si l'art. 68 exigeait une telle évaluation objective ou s'il était plus approprié de considérer les valeurs en question du point de vue de l'une ou de l'autre des parties à l'opération.

Le juge Mahoney a reconnu que pour Skalbania la valeur du terrain appartenant à Bel Air en mars 1973 était de 5 100 000 \$ comme l'indique la promesse de vente et que c'était là en réalité le montant que Skalbania avait convenu de payer pour celui-ci. On a souligné que Skalbania était un promoteur immobilier bien informé qui transigeait sans lien de dépendance à l'égard des vendeurs intimés et que, du point de vue de Skalbania, ce montant n'était pas un prix d'achat déraisonnable pour le terrain en question. Le juge Mahoney n'a cependant pas estimé que cette conclusion tranchait la question de l'évaluation puisque l'objet de la vente n'était pas le terrain seulement, mais aussi d'autres choses y afférentes. Il a estimé que ce qui doit être déterminé en vertu de l'art. 68 n'est pas la valeur du terrain aux yeux de l'acquéreur, mais

... «la somme qui peut raisonnablement être considérée comme étant la contrepartie de (la) disposition» du terrain dans le cas de la vente d'un terrain et d'autres choses y afférentes.

Il a considéré que cette question devait être abordée du point de vue du vendeur plutôt que de celui de l'acquéreur puisque l'article parle de contrepartie de la disposition et non de contrepartie de l'acquisition.

Ayant conclu qu'il faut fixer la contrepartie du point de vue du vendeur plutôt que de celui de l'acquéreur, le juge Mahoney a ensuite constaté que les intimés n'avaient présenté aucun élément de preuve qui pouvait lui permettre d'établir cette contrepartie. Plutôt que d'établir une répartition de la contrepartie entre la valeur du terrain et la valeur des biens amortissables en fonction de la déposition du témoin expert de Sa Majesté seulement, il a renvoyé l'affaire au Ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation conformément au principe qu'il avait énoncé. Finalement, ces nouvel-

depreciation brought into the respondents' 1973 income.

The respondents appealed to the Federal Court of Appeal, [1983] 2 F.C. 599, [1983] CTC 112, 83 DTC 5138, 47 N.R. 117. When the appeal came on for hearing, the Court of its own motion raised a question as to the applicability of s. 68 of the *Income Tax Act* to the transaction in issue. As noted above, it was evident that the action in the Trial Division had proceeded on the basis that s. 68 did apply. Its applicability or otherwise was not argued. Nor was the matter advanced as a ground of appeal before the Federal Court of Appeal. Accordingly, the Court heard the entire case as prepared by both parties and then adjourned for several days to enable both counsel to prepare argument on whether or not the section applied.

Heald J. (with whom Verchere D.J. concurred) held that Mahoney J. had erred in applying the deemed apportionment in s. 68 to the transaction in issue. He commenced his analysis with an examination of the legislative history of the section, indicating that the enactment of s. 68 as part of the 1972 *Income Tax Act* was accompanied by the repeal of the somewhat similarly worded s. 20(6)(g) of the pre-1972 Act. He noted that s. 20(6)(g) was part of a series of provisions dealing with the recapture and inclusion in income of excess capital cost allowance on the disposition of an asset in respect of which capital cost allowances had been claimed. The section dealt with nothing other than the disposition of depreciable property.

By contrast, Heald J. reasoned, s. 68 applies to the disposition of any property. Whereas s. 20(6)(g) applied in circumstances where an amount received by a taxpayer could reasonably be regarded as being in part consideration for the disposition of depreciable property and in part consideration for the disposition of something other than depreciable property, s. 68 applied only

les cotisations ont ajouté une récupération importante de l'amortissement dans le revenu des intimés pour l'année d'imposition 1973.

Les intimés ont interjeté appel à la Cour d'appel fédérale, [1983] 2 C.F. 599, [1983] CTC 112, 83 DTC 5138, 47 N.R. 117. À l'audition de l'appel, la cour a d'office soulevé la question de l'applicabilité de l'art. 68 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'opération en cause. Comme je l'ai mentionné plus tôt, il était évident que la Division de première instance avait instruit l'affaire en fonction de l'hypothèse que l'art. 68 s'appliquait. L'applicabilité ou la non-applicabilité de l'article n'avait pas été soulevée. Elle n'a pas été non plus soumise comme moyen d'appel en Cour d'appel fédérale. En conséquence, la Cour d'appel a entendu toute l'affaire en fonction de ce que les deux parties avaient préparé, puis a suspendu l'audience pendant plusieurs jours pour permettre aux avocats des deux parties de préparer leurs plaidoiries sur l'applicabilité de l'article.

Le juge Heald (aux motifs duquel le juge suppléant Verchere a souscrit) a conclu que le juge Mahoney avait commis une erreur en appliquant à l'opération en cause la présomption de répartition prévue à l'art. 68. Il commence son analyse par un examen de l'historique législatif de l'article et indique que l'adoption de l'art. 68, comme disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1972 a coïncidé avec l'abrogation de l'al. 20(6)(g) de la Loi antérieure à 1972, qui était rédigé en termes à peu près semblables. Il souligne que l'al. 20(6)(g) faisait partie d'une série de dispositions relatives à la récupération et à l'inclusion dans le revenu d'une déduction pour amortissement excédentaire lors de la disposition d'un bien à l'égard duquel des déductions pour amortissement avaient été réclamées. L'alinéa visait uniquement la disposition de biens amortissables.

Par contre, le juge Heald a estimé que l'art. 68 s'applique à la disposition de tout bien. Alors que l'al. 20(6)(g) s'applique au cas où une somme reçue par un contribuable peut raisonnablement être considérée comme étant en partie la contrepartie de la disposition de biens amortissables et en partie la contrepartie pour d'autre chose que des biens amortissables, l'art. 68 ne s'applique que «dans le

“in circumstances where an amount received by a taxpayer can reasonably be regarded as being in part the consideration for the disposition of any property and as being in part consideration for something else other than any property” (emphasis in the original). Having regard to the extremely broad definition of “property” found in s. 248(1) of the Act, Heald J. concluded that the transaction in question disposed of property alone and included nothing that could be characterized as something “other than any property”. Accordingly, he held that s. 68 had no application to this transaction and that the allocation set out by the parties to the Agreement of Purchase and Sale must form the basis of the Minister’s assessment.

Thurlow C.J. concurred in this result. In separate reasons he expressed the view that, if s. 68 were applicable, the trial judge erred in approaching a determination under the section from the point of view of the vendor alone. He held that it was therefore open to the Court of Appeal to reach its own determination of the amount that can reasonably be regarded as the proceeds of disposition of the depreciable property included in the sale. He went on to hold that, where an allocation is made by the parties, the inquiry under s. 68 is not as to reasonable value but as to proceeds of disposition. It was open to the taxpayer to dispose of his property as he saw fit and to realize the greatest advantage in the disposition. Thurlow C.J. also stressed the fact that the trial judge had specifically found that \$5,100,000 was not an unreasonable price for the respondents, for their own reasons, to insist on receiving for the land and for Skalbania to agree to pay. The contractual valuation of \$750,000 for the depreciable property sold was therefore the appropriate basis on which the tax assessment should proceed.

Although he based his decision on the above ground, Thurlow C.J. also commented on a case advanced by the Crown in support of its argument that s. 68 applied to this transaction. The Chief Justice noted that in *Attorney General of Canada v. Matador Inc.*, [1980] 2 F.C. 703 (C.A.), the

cas où une somme reçue par un contribuable peut raisonnablement être considérée comme étant en partie la contrepartie de la disposition de tout bien et comme étant en partie la contrepartie de quelque chose d’autre que des biens» (souligné par le juge Heald). Compte tenu de la définition extrêmement générale du terme «biens» que donne le par. 248(1) de la Loi, le juge Heald a conclu que seuls des biens étaient aliénés dans l’opération en question qui ne visait rien qui puisse être qualifié de quelque chose d’«autre que des biens». En conséquence, il a conclu que l’art. 68 ne s’applique pas à l’opération et que la répartition énoncée par les parties à la promesse de vente doit servir de fondement à la cotisation du Ministre.

Le juge en chef Thurlow a souscrit à cette conclusion. Dans des motifs distincts, il exprime l’avis que si l’art. 68 s’applique, le juge de première instance a commis une erreur en abordant la question de la détermination à faire en vertu de l’article du point de vue du vendeur seulement. Il a conclu qu’il était loisible à la Cour d’appel de parvenir à sa propre détermination de la somme qui peut raisonnablement être considérée comme le produit de la disposition du bien amortissable faisant l’objet de la vente. Il poursuit en statuant que, lorsque les parties font une répartition, l’examen que prévoit l’art. 68 porte non pas sur la valeur raisonnable, mais sur le produit de la disposition. Il est loisible au contribuable de disposer de son bien comme il l’entend et de tirer le maximum de la disposition. Le juge en chef Thurlow a aussi souligné le fait que le juge de première instance avait précisément conclu que le montant de 5 100 000 \$ n’était pas un prix excessif que les intimés, pour des raisons qui leur étaient propres, pouvaient demander pour le terrain et que Skalbania pouvait accepter de payer. L’évaluation dans le contrat à 750 000 \$ pour les biens amortissables vendus constituait donc un fondement approprié pour la cotisation d’impôt.

Bien qu’il ait fondé sa décision sur les motifs précités, le juge en chef Thurlow a aussi formulé des observations à propos d’un arrêt que Sa Majesté a invoqué à l’appui de l’argument selon lequel l’art. 68 s’applique à cette opération. Le juge en chef souligne que dans l’arrêt *Procureur*

applicability of s. 68 of the Act did not appear to have been seriously argued. In the view of Thurlow C.J. the case was concerned with s. 13 of the Act and the comments made on s. 68 by Pratte J. in a footnote to the judgment were not necessary to the decision. Pratte J. had expressed the view that where land and buildings are disposed of s. 68 applies to authorize an apportionment of the consideration between the land and the buildings. Thurlow C.J. disagreed that s. 68 applied in that case or in this one either, but preferred to deal with this case as if the section applied because it had been argued on that assumption.

3. The Applicability of s. 68

Although the Crown's case is premised on the forceful assertion that the decision of the majority in the Federal Court of Appeal is contrary to "consistent judicial decisions in the past", the question of the applicability of s. 68 to circumstances of this type does not appear to have given rise to any extensive body of case law. Indeed, the sole authority to which counsel for the Crown referred on this point is Pratte J.'s footnote in *Matador, supra*, where he said at p. 709:

Counsel for the respondent suggested that section 68 was not applicable to this case. I do not agree. In my view, that section is applicable when 'an amount can reasonably be regarded as being in part the consideration for the disposition of any property of a taxpayer and as being in part consideration' either for the disposition of property of another type or for something other than the disposition of property.

(Emphasis added.)

Clearly Pratte J.'s interpretation involves the insertion of words into s. 68 which are not there. As Heald J. pointed out in the present case, the express wording of the section refers only to transactions involving the sale of property together with something other than property. An example might be the sale of some technological equipment together with the know-how that must necessarily accompany the equipment since industrial know-how is outside the scope of the broad definition of

général du Canada c. Matador Inc., [1980] 2 C.F. 703 (C.A.), l'applicabilité de l'art. 68 de la Loi ne paraît pas avoir fait l'objet d'un débat sérieux. De l'avis du juge en chef Thurlow, l'affaire portait sur l'art. 13 de la Loi et les observations formulées par le juge Pratte à propos de l'art. 68 dans une note n'étaient pas nécessaires à cette décision. Le juge Pratte avait exprimé l'avis que lorsqu'un terrain et des bâtiments sont aliénés l'art. 68 a pour effet d'autoriser la répartition de la contrepartie entre le terrain et les bâtiments. Le juge en chef Thurlow a estimé que l'art. 68 ne s'appliquait ni à cette affaire-là ni à l'espèce, mais il a préféré juger l'espèce comme si l'article s'appliquait parce qu'elle avait été plaidée en fonction de cette hypothèse.

3. L'applicabilité de l'art. 68

Bien que la position de Sa Majesté soit fondée sur l'affirmation énergique que la décision de la Cour d'appel fédérale à la majorité est contraire à [TRADUCTION] «des décisions judiciaires antérieures constantes», la question de l'applicabilité de l'art. 68 à des circonstances de cette nature ne paraît pas avoir donné lieu à une jurisprudence considérable. En réalité, le seul texte invoqué par l'avocat de Sa Majesté sur ce point est la note du juge Pratte dans l'arrêt *Matador*, précité, dans laquelle il dit, à la p. 709:

Je n'admets pas l'allégation de l'avocat de l'intimée, selon laquelle l'article 68 n'est pas applicable en l'espèce. À mon avis, cet article est applicable lorsqu'une somme peut raisonnablement être considérée comme étant en partie la contrepartie de la disposition de tout bien d'un contribuable, et comme étant en partie la contrepartie de la disposition d'un autre type de bien ou de quelque chose d'autre.

(C'est moi qui souligne.)

Manifestement, l'interprétation du juge Pratte comporte l'addition à l'art. 68 de mots qui ne s'y trouvent pas. Comme le juge Heald l'a souligné en l'espèce, la formulation expresse de l'article parle seulement d'opérations qui comportent la vente de biens ainsi que de quelque chose d'autre que des biens. On pourrait citer comme exemple la vente d'équipement technique avec le savoir-faire qui doit nécessairement suivre l'équipement puisque le savoir-faire industriel n'est pas visé par la défini-

“property” found in s. 248(1) of the *Income Tax Act*: see *Rapistan Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 739 (C.A.), aff’d [1976] 1 S.C.R. vi. Or it might be a sale of property combined with services of any kind. Pratte J., on the other hand, went one step further in *Matador*, *supra*, by adding the words “either . . . property of another type” to the otherwise straightforward language of s. 68. Thus, as the Crown would have it, this section applies not only to transactions involving the disposition of both property and non-property but is also applicable to transactions where only property is sold so long as the subject-matter of the sale encompasses property of more than one type.

The Crown supports this interpretation by pointing to the policy underlying the now repealed s. 20(6)(g) of the Act which is described as the predecessor of the present s. 68. That subsection was found in the part of the Act dealing with depreciable property and capital cost allowances and applied specifically to transactions in which a sum was received by the taxpayer “in part the consideration for disposition of depreciable property . . . and . . . in part consideration for something else”. The cases cited by the Crown in support of the interpretation of s. 68 adopted by Pratte J. in *Matador*, *supra*, all deal with s. 20(6)(g) and not with s. 68 and are being invoked in an attempt to equate the “something else” other than depreciable property in the former section with the “something else” other than “any property” in the latter section: see *Canadian Propane Gas & Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, 73 DTC 5019 (F.C.T.D.) As is explained by Estey J. in *R. v. Malloney's Studio Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 326, s. 20(6)(g) allowed for precisely the type of allocation for which the Crown is arguing in the present case. Estey J. said at p. 332:

In the opening portions of rule (g), provision is made for the allocation of so much of the consideration as can reasonably be regarded as being in part the consideration for the disposition of depreciable property and for the allocation otherwise of that part of the consideration

tion générale de «biens» qu’on trouve au par. 248(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*: voir *Rapistan Canada Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 739 (C.A.), confirmé à [1976] 1 R.C.S. vi. Ce pourrait aussi être la vente d’un bien et de toute espèce de services. D’autre part, dans l’arrêt *Matador*, précité, le juge Pratte va plus loin et ajoute les mots «d’un autre type de bien» au texte par ailleurs clair de l’art. 68. Donc, selon ce que propose Sa Majesté, cet article s’applique non seulement aux opérations visant la disposition de choses qui sont des biens et de choses qui n’en sont pas, mais s’applique aussi aux opérations où seulement des biens sont vendus pour autant que l’objet de la vente vise plus d’un type de biens.

À l’appui de cette interprétation, Sa Majesté rappelle le principe sous-jacent à l’al. 20(6)g) de la Loi, maintenant abrogé, qui est censé être l’équivalent de l’art. 68 actuel. Cet alinéa se trouvait dans la partie de la Loi qui visait les biens amortissables et la déduction pour amortissement et s’appliquait expressément aux opérations dans lesquelles le contribuable recevait une somme d’argent «comme étant en partie la cause ou considération pour la disposition de biens . . . susceptibles de dépréciation et . . . comme étant en partie la cause ou considération pour d’autre chose». Les décisions citées par Sa Majesté à l’appui de l’interprétation de l’art. 68 adoptée par le juge Pratte dans l’arrêt *Matador*, précité, ont toutes trait à l’al. 20(6)g) et non à l’art. 68. On les cite dans le but de faire équivaloir les mots «autre chose» qu’un bien susceptible de dépréciation dans le premier article avec les mots «quelque chose d’autre» que «tout bien» dans le dernier article: voir *Canadian Propane Gas & Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, 73 DTC 5019 (C.F.D.P.I.) Ainsi que le juge Estey l’explique dans l’arrêt *R. c. Malloney's Studio Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 326, l’al. 20(6)g) permettait précisément le type de répartition que Sa Majesté prétend appliquer à l’espèce. Le juge Estey dit à la p. 332:

L’alinéa g) prévoit, au début, l’allocation du montant de la considération qui peut raisonnablement être considéré comme versé pour la disposition d’un bien susceptible de dépréciation et, par ailleurs, l’allocation de la partie de la considération qui peut raisonnablement être considé-

which can be reasonably regarded as having been paid for "something else". The rule therefore applies to the situation where the taxpayer has disposed of two types of property, first depreciable property and secondly, something else.

It seems to me fairly clear, however, that when the legislature contrasts "something else" with "depreciable property" the "something else" will include non-depreciable property as well as things which are not property at all. But, by the same token, when the legislature contrasts "something else" with "any property" then the "something else" must be something other than property.

As noted by Heald J. in the Court of Appeal, s. 68 came into existence in 1972 at which time s. 20(6)(g) was repealed. However, the differences in the wording of the two sections and their different locations within the Act serve to indicate that the provisions embody two distinct policy objectives. Whereas s. 20(6)(g) was one of the series of provisions dealing with the recapture of capital cost allowances upon the disposition of depreciable property, the parallels and successors to which are now found in s. 13 of the Act, s. 68 is found in that portion of the Act dealing with the computation of income generally. Its purpose is to allow the Minister to deem an allocation between the proceeds of disposition of property and sums received by the taxpayer in return for something other than property. Section 68, being a general rule relating to the computation of income, would not appear to be the successor of s. 20(6)(g) in the sense of embodying the same policy objective. The function of s. 68 is to allow income receipts to be allocated to various sources (*i.e.* property or non-property) rather than to allow for, or have anything to do with, the recapture of capital cost allowances upon the disposition of depreciable property. The fact that s. 68 was enacted as part of a general reform package in the same year as s. 20(6)(g) was repealed would therefore appear to be irrelevant to the question of the section's applicability to the type of transaction before us.

Given the clear language of s. 68 and the way in which the distinct policy objectives of the two

rées comme versée pour «d'autre chose». La règle s'applique donc au cas où le contribuable a disposé de deux genres de biens, soit premièrement d'un bien susceptible de dépréciation et, deuxièmement d'autre chose.

a

Il me semble cependant assez clair que lorsque le législateur oppose «autre chose» et «biens susceptibles de dépréciation», «autre chose» vise autant des biens non susceptibles de dépréciation que des choses qui ne sont pas des biens du tout. Mais, par la même occasion, lorsque le législateur oppose «quelque chose d'autre» et «tout bien», alors «quelque chose d'autre» doit être quelque chose d'autre qu'un bien.

Comme le souligne le juge Heald en Cour d'appel, l'art. 68 est entré en vigueur en 1972 au moment où l'al. 20(6)(g) a été abrogé. Cependant, les différences de rédaction des deux dispositions et leur position différente dans la Loi indiquent que les dispositions incarnent deux objectifs de principe différents. Alors que l'al. 20(6)(g) appartenait à une série de dispositions visant la récupération de déductions pour amortissement lors de la disposition d'un bien susceptible de dépréciation, les dispositions correspondantes qui l'ont remplacé figurant maintenant à l'art. 13 de la Loi, l'art. 68 se trouve dans la partie de la Loi qui porte sur le calcul du revenu de façon générale. Il vise à permettre au Ministre d'établir une répartition du produit de la disposition d'un bien et des sommes reçues par le contribuable pour la disposition de quelque chose d'autre qu'un bien. L'article 68, qui est une règle générale relative au calcul du revenu, ne paraît pas être l'article qui a remplacé l'al. 20(6)(g) dans le sens qu'il viserait le même objectif. Le rôle de l'art. 68 est de permettre que la répartition des revenus soit attribuée à différentes sources (*c.-à-d.* un bien ou à autre chose) plutôt que de permettre, ce avec quoi il n'a rien à voir, la récupération de déductions pour amortissement lors de la disposition d'un bien amortissable. Que l'art. 68 ait été adopté à l'occasion de la réforme générale la même année où l'al. 20(6)(g) a été abrogé semble donc sans rapport avec l'applicabilité de l'article au type d'opération en cause ici.

j

Étant donné la rédaction claire de l'art. 68 et la différence d'objectifs des deux dispositions qui res-

sections have been reflected in their different locations in the overall structure of the Act, the Crown's attempt to portray s. 68 as an ambiguously worded successor to the clearly worded s. 20(6)(g) would seem to lack merit. Neither provision was or is ambiguous in its application and each has its own distinct sphere of operation. As stated by Heald J. in the court below, s. 68 "can be expected to apply according to its terms and without straining the meaning of any of them". Accordingly, it is operative only where the taxpayer has engaged in a transaction in which proceeds have been received "in part the consideration for the disposition of any property and . . . in part consideration for something else other than any property" (Heald J., p. 606 F.C.) As the subject matter of the transaction before us encompassed land, buildings, equipment, roads, sidewalks and other property, there was nothing sold that could be characterized as non-property so as to trigger the application of s. 68.

4. Recapture of Capital Cost Allowances

It was strongly argued by the Crown that if the interpretation of s. 68 articulated by Heald J. in the court below is affirmed in this Court and the section found to be inapplicable to this transaction, then the legislative policy of including "recaptured" capital cost allowances in the taxpayer's income will be completely defeated. The Crown submits that the position adopted by Pratte J. in *Matador*, *supra*, reflects a longstanding approach to transactions such as the one in issue here and that Parliament has relied on this approach being maintained since no legislation has been introduced to achieve the effect of the former s. 20(6)(g). Accordingly, if s. 68 is construed as not applying to transactions like the present one then, it is submitted, there will be a void in the otherwise complete legislative scheme dealing with the depreciation of capital property and recapture of capital cost allowances.

The provisions of the *Income Tax Act* dealing with depreciation and recapture are found primarily in ss. 20 and 13. Property that is specified in the

sort de la place différente qu'elles occupent dans le cadre général de la Loi, la tentative de Sa Majesté de qualifier l'art. 68 de texte ambigu remplaçant de l'al. 20(6)g) semble mal fondée. Ni l'ancienne disposition, ni la nouvelle n'étaient ni ne sont ambiguës quant à leur application et chacune a son domaine particulier d'application. Ainsi que l'a dit le juge Heald en Cour d'appel au sujet de l'art. 68, «on s'attend à ce qu'il s'applique selon ses termes et sans forcer le sens de l'un quelconque d'entre eux». En conséquence, il ne s'applique que si le contribuable a procédé à une opération qui lui a procuré une somme considérée comme étant «en partie la contrepartie de la disposition de tout bien et . . . en partie la contrepartie de quelque chose d'autre que des biens» (le juge Heald à la p. 606 C.F.) Puisque l'opération qui nous est soumise vise des biens-fonds, des bâtiments, de l'équipement, des chemins, des trottoirs et d'autres biens, rien de ce qui a été vendu ne peut être qualifié d'autre chose qu'un bien de manière à donner lieu à l'application de l'art. 68.

e 4. Récupération de la déduction pour amortissement

Sa Majesté a soutenu avec vigueur que si cette Cour confirme l'interprétation de l'art. 68 énoncée par le juge Heald en Cour d'appel et conclut qu'il ne s'applique pas à l'opération en cause, la politique législative d'inclure la récupération de la déduction pour amortissement dans le revenu du contribuable sera complètement mise en échec. Sa Majesté soutient que la position adoptée par le juge Pratte dans l'arrêt *Matador*, précité, est conforme à une pratique ancienne à l'égard des opérations semblables à celles de l'espèce et que le Parlement a considéré que cette pratique se maintiendrait puisqu'il n'a pas adopté de texte ayant la même portée que l'ancien al. 20(6)g). En conséquence, si l'on conclut que l'art. 68 ne s'applique pas aux opérations semblables à celle de l'espèce alors, soutient-on, il y aura une lacune dans un régime législatif, complet par ailleurs, relativement à l'amortissement de biens en capital et à la récupération de la déduction pour amortissement.

Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui portent sur l'amortissement et sa récupération se trouvent principalement aux art. 20 et

Income Tax Regulations as belonging to a class of depreciable property is made subject under s. 20(1)(a) to a capital cost allowance with the rate of annual depreciation varying for each class of property as specified in the Regulations. The underlying rationale for capital cost allowance is to allow major expenditures on long-term capital assets to be written off of the taxpayer's income over the duration of the period in which the asset is to be used rather than in one large sum in the year of purchase. The disposition of such depreciated capital property can give rise to a taxable capital gain where, as with any other capital property, the proceeds of disposition exceed the adjusted cost base of the property. Section 54(a) stipulates that for depreciable property the initial capital cost of the property to the taxpayer remains fixed as the adjusted cost base of the property.

Upon receiving proceeds of disposition of depreciated property the taxpayer must "recapture" any amount written off of the property as capital cost allowance over the years before calculating any capital gain on the property. Section 13(1) of the Act requires that any recaptured amount be included in the computation of the taxpayer's ordinary income since it was deducted from income in the first place under s. 20(1)(a). So long as the proceeds of disposition are greater than the undepreciated capital cost of the property (*i.e.* the point to which the property has been depreciated through the deduction of annual capital cost allowance) there will be some recaptured capital cost to be included in the taxpayer's income in the year of disposition. If the proceeds of disposition are greater than the adjusted cost base (*i.e.* the initial capital cost) of the property then, of course, the recaptured amount brought into ordinary income will be the total of all capital cost allowances deducted over the years and the amount by which the proceeds exceed the adjusted cost base will be characterized under s. 38(a) as a taxable capital gain.

With this scheme in mind some mechanism was clearly required in order to differentiate between the proceeds of sale of property in respect of which

13. Les biens que le *Règlement de l'impôt sur le revenu* répartit en différentes catégories de biens amortissables donnent droit, en vertu de l'al. 20(1)a), à une déduction pour amortissement dont le taux annuel varie selon la catégorie à laquelle le bien appartient en vertu du règlement. La raison d'être de la déduction pour amortissement est de permettre au contribuable d'amortir les dépenses engagées à l'égard de biens en immobilisation durables en les soustrayant de son revenu pendant la période d'utilisation du bien plutôt qu'en un seul montant dans l'année d'acquisition. La disposition d'un bien en immobilisation ainsi amorti peut donner lieu à un gain en capital imposable si, comme dans le cas de tout autre bien en immobilisation, le produit de la disposition est plus élevé que le prix de base ajusté du bien. L'alinéa 54a) dispose que, pour un bien amortissable, le coût initial en capital du bien pour le contribuable demeure fixe comme prix de base rajusté.

Sur réception du produit de la disposition d'un bien amorti, le contribuable doit «récupérer» toute somme soustraite à titre de déduction pour amortissement au cours des années avant de calculer le gain en capital sur le bien. Le paragraphe 13(1) de la Loi exige l'inclusion de toute somme récupérée dans le calcul du revenu ordinaire du contribuable puisqu'elle a déjà été déduite du revenu en vertu de l'al. 20(1)a). Pour autant que le produit de la disposition est supérieur au coût en capital non amorti du bien (*c.-à-d.* le montant auquel le bien a été amorti par la déduction annuelle pour amortissement), une partie du coût en capital récupéré devra être incluse dans le revenu du contribuable dans l'année de la disposition. Si le produit de la disposition est supérieur au prix de base rajusté (*c.-à-d.* le coût en capital initial) du bien alors, évidemment, le montant récupéré inclus dans le revenu ordinaire sera égal au total de toutes les déductions pour amortissement opérées pendant les années et la partie du produit de la disposition qui excède le prix de base rajusté sera considérée comme gain de capital imposable en vertu de l'al. 38a).

Compte tenu de ce régime, il faut évidemment un moyen qui permet de distinguer entre le produit de la vente d'un bien qui a donné lieu à une

capital cost allowance had been deducted and the proceeds of sale of non-depreciable property when the two were sold together as a package. That mechanism prior to 1972 was the “deeming” power conferred on the Minister in s. 20(6)(g). In the omnibus reform in 1972 the legislature replaced the Minister’s discretionary “deeming” power with the specific and very detailed formulae set out in s. 13. It apparently recognized, however, in the early eighties that no formula had been provided for allocating proceeds of disposition in the type of transaction before the Court on this appeal. Section 13 was accordingly amended by the addition after subs. (21) of subs. (21.1) which specifically deals with the allocation of proceeds of disposition between a building and its subjacent or immediately contiguous land. The sale of the Bel Air property, however, preceded the amendment and is therefore not caught by it. I do not believe, however, that that provides a rationale for this Court to construe s. 68 so as to fill the gap existing prior to the amendment. It seems to me that if the statute has failed to provide a means whereby a figure can be allocated to the depreciable property in a transaction such as the one before us, then the figure agreed upon by the parties in an arm’s length transaction, given, of course, that it is not a sham or subterfuge (see *Minister of National Revenue v. Leon*, [1977] 1 F.C. 249 at p. 258), must govern.

5. Conclusions

1. Section 68 of the *Income Tax Act* on its plain meaning applies only to transactions in which there has been a disposition of property and something else other than property. That is not the case here.

2. The legislative history of s. 68 and its place within the scheme of the Act reinforce this plain meaning. Despite some similarity in language between the former s. 20(6)(g) and s. 68, the latter is not the successor of the former.

3. The statutory provisions governing recapture of capital cost allowance clearly require an allocation of proceeds as between depreciable and non-depreciable property. Prior to 1972 this was achieved through the mechanism of the Minister’s

déduction pour amortissement et le produit de la vente d’un bien non amortissable lorsque les deux sont vendus comme un tout. Avant 1972, ce moyen était le pouvoir de répartition conféré au Ministre à l’al. 20(6)g). Dans la réforme globale de 1972, le législateur a remplacé le pouvoir discrétionnaire du Ministre de répartir le prix par une formule très détaillée énoncée à l’art. 13. Cependant il a apparemment reconnu au début des années 1980 qu’on n’avait pas prévu la répartition du produit d’une disposition à l’occasion du genre d’opération soumis à la Cour dans le présent pourvoi. L’article 13 a donc été modifié et on lui a ajouté les par. (21) et (21.1) qui portent précisément sur la répartition du produit de la disposition entre un bâtiment et le terrain sur lequel celui-ci est construit ou celui qui l’entoure. La vente de l’immeuble Bel Air précède toutefois la modification et celle-ci ne s’y applique pas. Je ne crois cependant pas que cela donne à cette Cour un motif d’interpréter l’art. 68 de manière à remédier à la lacune qui existait avant la modification. Il me semble que si la Loi a omis de prévoir un moyen d’établir la valeur d’un bien amortissable dans une opération comme celle qui nous est soumise, la valeur convenue par les parties dans une opération sans lien de dépendance, s’il ne s’agit pas évidemment d’un trompe-l’œil ou d’un subterfuge (voir *Ministre du Revenu national c. Leon*, [1977] 1 C.F. 249 à la p. 258) doit s’appliquer.

5. Conclusions

1. Selon son sens ordinaire l’art. 68 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* s’applique uniquement aux opérations dans lesquelles il y a eu disposition d’un bien et de quelque chose d’autre qui n’est pas un bien. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

2. L’historique législatif de l’art. 68 et l’endroit où il se trouve dans la Loi étayent ce sens ordinaire. Malgré une similitude de rédaction entre l’ancien al. 20(6)g) et l’art. 68, le second ne remplace pas le premier.

3. Les dispositions législatives qui régissent la récupération de la déduction pour amortissement exigent manifestement une répartition du produit entre un bien amortissable et un bien qui ne l’est pas. Avant 1972 le Ministre avait en vertu de l’al.

discretionary power in s. 20(6)(g). It is now achieved through the specific provisions of s. 13. Section 13(21.1) would have caught the sale of the Bel Air property had it taken place after the enactment of that provision.

4. The majority of the Federal Court of Appeal was correct in holding that s. 68 of the *Income Tax Act* is not policywise the successor to the repealed s. 20(6)(g) and that s. 68 does not empower the Minister to reassess the contractual allocation of the proceeds of disposition of the Bel Air property between the depreciable and non-depreciable property included in the sale. The allocation agreed upon by the parties must therefore stand.

I would dismiss the appeal and award the respondents their costs on a solicitor-client basis as ordered by this Court on June 6, 1983.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Birnie, Sturrock & Bowden, Vancouver.

20(6)g le pouvoir de réaliser cette répartition de façon discrétionnaire. Elle est maintenant réalisée par les dispositions expresses de l'art. 13. Le paragraphe 13(21.1) se serait appliqué à la vente de l'immeuble Bel Air si celle-ci avait eu lieu après l'entrée en vigueur de cette disposition.

4. La Cour d'appel fédérale, à la majorité, a eu raison de statuer que l'art. 68 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne remplace pas, du point de vue de la politique fiscale, l'al. 20(6)g abrogé et que l'art. 68 ne permet pas au Ministre de modifier la répartition faite par contrat du produit de la disposition de l'immeuble Bel Air entre le bien amortissable compris dans la vente et celui qui n'est pas amortissable. La répartition convenue entre les parties doit donc s'appliquer.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'adjuger aux intimés leurs dépens comme entre avocat et client comme l'a ordonné cette Cour le 6 juin 1983.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, Ottawa.

Procureurs des intimés: Birnie, Sturrock & Bowden, Vancouver.

B.D.C. Ltd. Appellant;

and

Hofstrand Farms Limited Respondent;

and

**Her Majesty The Queen in Right of the
Province of British Columbia Defendant.**

File No.: 17011.

1984: February 2; 1986: March 20.

Present: Ritchie*, Estey, Chouinard, Lamer and
Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Duty of care — Remoteness — Courier failing to deliver envelope on time for land closing — Courier unaware of envelope's content or of reason for haste — Contract with third party tied to timely closing — Contract terminated — Economic loss suffered — Whether courier owed duty of care to prevent resultant economic loss — Whether loss reasonably considered as arising from courier's failure to deliver on time.

Appellant, a courier company, contracted with the Province of British Columbia to deliver an envelope from a government office in Victoria to the Land Registry Office in Prince George. Unknown to the appellant, the envelope contained a Crown grant, in favour of respondent, which respondent wanted registered before the close of business on December 31, 1976. Time was of vital concern to the respondent because, under a long-standing contract, the respondent had agreed to sell to a third party certain lands that it held under lease from the Crown. Under that contract, failure to register the grant within the time stipulated entitled the purchaser to treat the contract as at an end. Registration occurred after the date stipulated in the contract because of the courier's failure to deliver the envelope on time. The third party refused to complete the transaction.

In this action brought against both the Crown and the appellant courier, the trial judge found that the courier was unaware of the envelope's contents and was not informed of the reason for "air shipment only, express",

* Ritchie J. took no part in the judgment.

B.D.C. Ltd. Appelante;

et

Hofstrand Farms Limited Intimée;

^a et

**Sa Majesté La Reine du chef de la province
de la Colombie-Britannique Défenderesse.**

^b N° du greffe: 17011.

1984: 2 février; 1986: 20 mars.

Présents: Les juges Ritchie*, Estey, Chouinard, Lamer
et Wilson.

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Le service de messageries n'a pas livré une enveloppe à temps pour permettre de conclure la cession d'un terrain — Le service de messageries ne connaissait ni le contenu de l'enveloppe ni la raison de l'urgence — Le contrat avec le tiers était assujéti au respect du délai imparti — Contrat résilié — Préjudice financier subi — Le service de messageries avait-il une obligation de diligence pour empêcher le préjudice financier? — Le préjudice peut-il être raisonnablement considéré comme découlant du défaut du service de messageries d'effectuer la livraison à temps?

^f L'appelante, une compagnie de messageries, a conclu un contrat avec la province de la Colombie-Britannique pour livrer une enveloppe d'un bureau du gouvernement à Victoria au bureau d'enregistrement des titres fonciers à Prince George. À l'insu de l'appelante, l'enveloppe contenait une concession de Sa Majesté en faveur de l'intimée qui voulait la faire enregistrer avant la fermeture des bureaux le 31 décembre 1976. Ce délai était très important pour l'intimée parce que, en vertu d'un contrat à long terme, elle avait convenu de vendre à un tiers certains terrains qu'elle tenait en location de Sa Majesté. En vertu de ce contrat, le défaut d'enregistrer la concession dans le délai prévu donnait droit à l'acheteur de considérer que le contrat avait pris fin. L'enregistrement a eu lieu après la date prévue dans le contrat parce que le service de messageries n'a pas livré l'enveloppe à temps. Le tiers a refusé de compléter l'opération.

Dans cette action intentée contre Sa Majesté et le service de messageries appelant, le juge de première instance a conclu que le service de messageries ne connaissait pas le contenu de l'enveloppe et n'avait pas

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

and "special delivery". The claim against the Crown was dismissed both at trial and on appeal and was not pursued further. The trial judge found the courier not liable but a majority of the Court of Appeal came to the opposite conclusion.

Held: The appeal should be allowed.

Per Estey, Chouinard and Lamer JJ.: The principles applicable to negligence generally were sufficient to dispose of this appeal. No duty of care exists unless it is shown that a sufficient relationship of proximity or neighbourhood exists between the parties, "such that in the reasonable contemplation" of the defendant, his carelessness may likely injure the plaintiff. The appellant courier had no knowledge of the existence of the respondent and could not reasonably have known of the existence of a class of persons whose interests depended upon timely transmission of the envelope. There was, therefore, no actual or constructive knowledge in the courier that the rights of a third party could in any way be affected by the transmission or lack of transmission. If a person in respondent's position were included in a class considered to be reasonably within appellant's contemplation, there would be no logical point of breaking off so as to put a reasonable practical limitation on the courier's range of liability.

There was no reliance here by respondent upon any representation or undertaking of the appellant. Respondent, by the time appellant was engaged by the Crown, was in a position of risk through no act of its own. The situation of risk, in which a delay would be fatal to respondent's interests, was created by the terms of the respondent's contract with the third party, in conjunction with the Crown's refusal to allow a representative of the respondent to carry the documents. There was no assumption of risk in reliance on the appellant's undertaking to deliver the documents.

The requirements of proximity were not met on the facts of this appeal. As respondent did not come within a limited class in the reasonable contemplation of a person in the position of the appellant, it was unnecessary to consider whether any circumstance existed to negate or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it was owed, or the damages seen in law to flow from a breach of the duty.

été informé de la raison de la livraison «par courrier aérien seulement, exprès» et «livraison spéciale». La demande contre Sa Majesté a été rejetée en première instance et en appel et n'a pas été poussée plus loin. Le juge de première instance a conclu que le service de messageries n'était pas responsable, mais la Cour d'appel, à la majorité, est arrivée à la conclusion opposée.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Estey, Chouinard et Lamer: Les principes généralement applicables en matière de négligence sont suffisants pour statuer sur le présent pourvoi. Il n'existe aucune obligation de diligence à moins de démontrer l'existence entre les parties d'un lien suffisamment étroit pour que la négligence de la part du défendeur «puisse raisonnablement être perçue» par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice au demandeur. Le service de messageries appellant ne connaissait nullement l'existence de l'intimée et ne pouvait raisonnablement connaître l'existence d'une catégorie de personnes dont les intérêts dépendaient de la livraison sans délai de l'enveloppe. Par conséquent, le service de messageries n'avait aucune connaissance réelle ou implicite de ce que la livraison ou le défaut de livraison pouvait avoir un effet quelconque sur les droits d'un tiers. Si une personne dans la situation de l'intimée était comprise dans une catégorie susceptible d'être raisonnablement perçue par l'appelante, il ne serait aucunement logique d'établir une limite pratique raisonnable à l'étendue de la responsabilité du service de messageries.

En l'espèce, l'intimée ne s'est fiée à aucune déclaration ni à aucun engagement de la part de l'appelante. L'intimée était, au moment de l'engagement de l'appelante par Sa Majesté, dans une situation de risque même si elle n'accomplissait aucun acte elle-même. La situation de risque, dans laquelle un retard pouvait être fatal pour les intérêts de l'intimée, a été créée par les modalités du contrat de l'intimée avec le tiers, conjointement avec le refus de Sa Majesté de permettre à un représentant de l'intimée de livrer les documents. On n'a accepté aucun risque en se fiant à l'engagement de l'appelante de livrer les documents.

Les exigences de lien étroit n'ont pas été satisfaites d'après les faits du présent pourvoi. Comme l'intimée ne faisait pas partie d'une catégorie limitée qu'une personne dans la position de l'appelante pouvait raisonnablement percevoir, il n'était pas nécessaire de vérifier s'il existait des considérations qui pourraient restreindre ou diminuer la portée de cette obligation, la catégorie de personnes à qui cette obligation bénéficiait ou les dommages qui, selon la loi, découlaient de l'inexécution de cette obligation.

The same conclusion can be reached on the basis that the damages here were too remote and consequently not recoverable. If the parties had been in a relationship of contractual privity the losses complained of would not have been foreseeable.

Per Wilson J.: No duty of care was owed by the appellant courier to respondent Hofstrand Farms Limited. The principle established in *Anns v. Merton London Borough Council* and applied in *City of Kamloops v. Nielsen* accordingly had no application here. There was no relationship of proximity such that the courier could reasonably have contemplated that its carelessness was likely to cause economic loss to the respondent.

Cases Cited

By Estey J.

Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd., [1963] 2 All E.R. 575; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1982] 3 All E.R. 201, considered; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N.Y. 170 (1931); *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *Seaway Hotels Ltd. v. Gragg (Canada) Ltd. and Consumers Gas Co.* (1959), 17 D.L.R. (2d) 292; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 ALR 227; *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd.*, [1971] 3 O.R. 627; *Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority*, [1978] 1 F.C. 464, 79 D.L.R. (3d) 522; *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1972] 3 All E.R. 557; *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147, 78 D.L.R. (3d) 175; *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation*, [1979] 1 S.C.R. 633; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries, Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528; *Cornwall Gravel Co. v. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267, affirmed [1980] 2 S.C.R. 118, referred to.

By Wilson J.

Anns v. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, distinguished.

On peut arriver à la même conclusion pour le motif que le préjudice en l'espèce était trop éloigné et par conséquent ne pouvait donner lieu à un recouvrement. S'il y avait eu un lien contractuel entre les parties, le préjudice dont on se plaint n'aurait pas été prévisible.

Le juge Wilson: Le service de messageries appelant n'avait aucune obligation de diligence envers l'intimée Hofstrand Farms Limited. Le principe établi dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council* et appliqué dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen* ne s'applique pas en l'espèce. Il n'y avait pas de lien suffisamment étroit pour que le service de messageries puisse raisonnablement percevoir sa négligence comme susceptible de causer un préjudice financier à l'intimée.

c Jurisprudence

Citée par le juge Estey

Arrêts examinés: *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1982] 3 All E.R. 201; arrêts mentionnés: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004; *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N.Y. 170 (1931); *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *Seaway Hotels Ltd. v. Gragg (Canada) Ltd. and Consumers Gas Co.* (1959), 17 D.L.R. (2d) 292; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 ALR 227; *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd.*, [1971] 3 O.R. 627; *Bethlehem Steel Corp. c. L'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent*, [1978] 1 C.F. 464, 79 D.L.R. (3d) 522; *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1972] 3 All E.R. 557; *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147, 78 D.L.R. (3d) 175; *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation*, [1979] 1 R.C.S. 633; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries, Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528; *Cornwall Gravel Co. v. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267, confirmé par [1980] 2 R.C.S. 118.

Citée par le juge Wilson

Distinction faite d'avec les arrêts: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1982] 2 W.W.R. 492, 131 D.L.R. (3d) 464, 33 B.C.L.R. 251, allowing an appeal from a judgment of Fawcus J. Appeal allowed.

Michael J. Herman, Lorne M. Alter and Mel Mogil, for the appellant.

Harold A. Hollinrake, for the respondent.

The judgment of Estey, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

ESTEY J.—This appeal concerns a claim in negligence for pure economic loss. The appellant (defendant) entered into a contract on December 29, 1976 with the Province of British Columbia to deliver an envelope from a government office in Victoria to the Land Registry office in Prince George, B.C. Unknown to the appellant, the envelope contained a Crown grant in favour of the respondent (plaintiff) which the respondent wanted registered in the Registry Office at Prince George before the close of business on December 31, 1976. Time was of vital concern to the respondent because, under a long standing contract, the respondent had agreed to sell to a third party certain lands in B.C. which were then under lease by the Crown to the respondent. Under that contract of sale, failure to register the last of a series of Crown grants within the time stipulated entitled the purchaser from the respondent, at his option, to reconvey all lands previously conveyed under the agreement and require a refund of all moneys theretofore paid with interest, or to treat the contract as at an end.

In the event, the appellant, although having undertaken in its contract with the Crown to make delivery the next day, did not deliver the envelope containing the Crown grants until January 4, 1977. The third party refused to complete the transaction, and the dispute between the respondent and the third party was eventually settled for \$77,000. The amount of the settlement is not in issue.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1982] 2 W.W.R. 492, 131 D.L.R. (3d) 464, 33 B.C.L.R. 251, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Fawcus.

a Pourvoi accueilli.

Michael J. Herman, Lorne M. Alter et Mel Mogil, pour l'appelante.

b *Harold A. Hollinrake*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Estey, Chouinard et Lamer rendu par

c LE JUGE ESTEY—Le présent pourvoi porte sur une demande relative à un préjudice purement financier résultant de la négligence. L'appelante (défenderesse) a conclu un contrat, le 29 décembre 1976, avec la province de la Colombie-Britannique pour livrer une enveloppe d'un bureau du gouvernement à Victoria au bureau d'enregistrement des titres fonciers à Prince George (C.-B.) À l'insu de l'appelante, l'enveloppe contenait une concession de Sa Majesté en faveur de l'intimée (demanderesse) qui voulait la faire enregistrer au bureau d'enregistrement à Prince George avant la fermeture des bureaux le 31 décembre 1976. Ce délai était très important pour l'intimée parce que, en vertu d'un contrat à long terme, elle avait convenu de vendre à un tiers certains terrains en Colombie-Britannique qu'elle tenait en location de Sa Majesté. En vertu de ce contrat de vente, le défaut d'enregistrer le dernier d'une série de concessions de Sa Majesté dans le délai prévu donnait droit à l'acheteur de l'intimée, à son choix, de rétrocéder tous les terrains déjà cédés en vertu de l'entente et d'exiger le remboursement de toutes les sommes d'argent versées jusqu'à ce moment avec intérêts ou de considérer que le contrat avait pris fin.

i Finalement, l'appelante, bien qu'elle se soit engagée dans son contrat avec Sa Majesté à effectuer la livraison le lendemain, n'a livré l'enveloppe contenant la concession de Sa Majesté que le 4 janvier 1977. Le tiers a refusé de compléter l'opération et le litige entre l'intimée et le tiers a finalement été réglé pour la somme de 77 000 \$. Le litige ne porte pas sur le montant de ce règlement.

Initially, the action leading to this appeal was brought against both the Crown and the appellant courier, but the claim against the former was rejected both at trial and in the Court of Appeal and was not pursued in this Court. There was a finding by the trial judge, not challenged here, that the appellant courier did not know what the envelope contained, or of the existence of the contract between the respondent and the third party, and that no explanation had been made to the appellant of the need for delivery by "air shipment only, express" and "special delivery". The Crown, in engaging the appellant courier, did so with the approval of the respondent, as both the respondent and the employees of the Crown were in agreement that delivery by registered mail, which was the departmental practice, would at that time of year be inappropriate.

The learned trial judge found no duty owed by the appellant courier to the respondent, whatever rights the Crown, as contracting party, might hold in law. It was therefore held that in order to find a duty in the courier, it must have been reasonably foreseeable that a failure on its part to perform its contract with the Crown would cause injury to a third party such as the respondent. The trial court declined to impute knowledge to the appellant from the bare fact of the specific instructions given to the appellant or from the nature of the addressee.

The majority in the Court of Appeal came to the opposite conclusion, finding that the duty of care owed by the appellant courier to the respondent was akin to that established by the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Applying the general principles to be derived from the judgments in that case, the majority concluded that the requisite relationship existed between the respondent and the appellant courier to found liability in the latter in the law of torts, as the respondent came within a known limited class of persons who would foreseeably be damaged by failure on the part of the appellant

Au début, l'action qui a donné lieu au présent pourvoi a été intentée à la fois contre Sa Majesté et le service de messageries appelant, mais la réclamation contre la première a été rejetée en première instance et en Cour d'appel et n'a pas été reprise devant cette Cour. Le juge de première instance a conclu, ce qui n'est pas contesté devant nous, que le service de messageries appelant ne connaissait ni le contenu de l'enveloppe, ni l'existence du contrat entre l'intimée et le tiers et qu'aucune explication ne lui avait été donnée concernant la nécessité de la livraison [TRADUCTION] «par courrier aérien seulement, exprès» et «livraison spéciale». Sa Majesté, lorsqu'elle a engagé le service de messageries appelant, l'a fait avec l'accord de l'intimée, car cette dernière et les employés de Sa Majesté avaient convenu que la livraison par courrier recommandé, qui était la pratique du Ministère, n'aurait pas été appropriée à ce moment de l'année.

Le savant juge de première instance a conclu que le service de messageries appelant n'avait aucune obligation envers l'intimée, quels que soient les droits que Sa Majesté, à titre de partie contractante, puisse faire valoir. Par conséquent, il a statué que, pour conclure que le service de messageries avait une obligation, il aurait fallu qu'il soit raisonnablement prévisible que l'inexécution de son contrat avec Sa Majesté causerait un préjudice à un tiers comme l'intimée. Le tribunal de première instance a refusé de conclure à la connaissance de la part de l'appelante simplement à partir des instructions précises qui lui ont été données ou de la nature du destinataire.

La Cour d'appel, à la majorité, est arrivée à la conclusion opposée, selon laquelle l'obligation de diligence que le service de messageries appelant avait envers l'intimée était semblable à celle qui a été établie par la Chambre des lords dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. En appliquant les principes généraux qui doivent se dégager des jugements rendus dans cette affaire, les juges formant la majorité ont conclu à l'existence, entre l'intimée et le service de messageries appelant, du lien nécessaire pour qu'il y ait responsabilité délictuelle de la part de ce dernier, étant donné que l'intimée faisait partie

courier to act with care. The majority found on the facts in this appeal that the "known limited class" likely to be affected by the appellant's carelessness consisted of those "members of the public with business to be transacted at the Prince George Land Registry Office on December 31, 1976, who were directly concerned with the contents of the envelope. It also included government officials working in the Land Registry Office."

Carrothers J., in dissent, started with the same proposition of law as enunciated in the *Anns* case, *supra*, but could not find the existence of any "known limited class" which would include the respondent. He wrote:

I consider that, as between the Courier and Hofstrand, there is not any relationship of proximity or neighbourhood such that in the reasonable contemplation of the Courier carelessness on the part of the Courier may likely cause Hofstrand to suffer economic loss.

Consequently, he shared the view of the trial judge that no cause of action arose in the respondent against the appellant on the facts of this case.

With due respect to those of a different view, I reach the same conclusion as did the learned trial judge and the learned justice in dissent in the Court of Appeal. Let it be assumed, but only for the purposes of examining the issues arising on the facts of this appeal, that the following excerpt from the judgment of Lord Wilberforce in *Anns, supra*, at pp. 751-52, sets out the principle of law applicable in the circumstances now before the Court for the determination of the issues between the remaining parties to this proceeding:

Through the trilogy of cases in this House *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, and *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] A.C. 1004, the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular

d'une catégorie limitée connue de personnes qui de manière prévisible étaient susceptibles de subir un préjudice en raison du manque de diligence du service de messageries appellant. La Cour d'appel, à la majorité, a conclu d'après les faits de cet appel que la «catégorie limitée connue» susceptible d'être touchée par la négligence de l'appellant était composée par les [TRADUCTION] «membres du public qui devaient faire affaire au bureau d'enregistrement des titres fonciers de Prince George le 31 décembre 1976 et qui étaient directement visés par le contenu de l'enveloppe. Cela comprenait également les fonctionnaires du gouvernement qui travaillaient à ce bureau d'enregistrement.»

Le juge Carrothers, dissident, a d'abord eu recours au même principe de droit qui a été énoncé dans l'arrêt *Anns*, précité, mais n'a pas été en mesure de conclure à l'existence d'une «catégorie limitée connue» qui comprendrait l'intimée. Il dit:

[TRADUCTION] J'estime que, entre le service de messageries et Hofstrand, il y a pas de lien suffisamment étroit pour que la négligence de la part du service de messageries puisse raisonnablement être perçue par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice financier à Hofstrand.

Par conséquent, il a partagé l'opinion du juge de première instance que l'intimée n'avait aucune cause d'action contre l'appelante d'après les faits de l'espèce.

Avec égards pour ceux qui ont une opinion différente, j'arrive à la même conclusion que le savant juge de première instance et le savant juge dissident de la Cour d'appel. Posons comme hypothèse, mais seulement aux fins de l'examen des questions qui découlent des faits du présent pourvoi, que l'extrait suivant des motifs de lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, précité, énonce aux pp. 751 et 752 le principe de droit applicable dans les circonstances qui sont maintenant présentées à la Cour pour qu'elle tranche les questions en litige entre les sociétés encore parties à l'instance:

[TRADUCTION] Les trois arrêts suivants de la présente cour—*Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, et *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004, ont établi le principe selon lequel lorsqu'il s'agit de prouver qu'il existe une obligation de

situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. 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: see *Dorset Yacht* case . . . , per Lord Reid . . .

The trilogy of cases referred to traces the growth of obligation in the law of negligence, both as to the nature of the interests protected and to the range of potential plaintiffs. In *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, the court was concerned with physical harm caused by a negligently made product to a plaintiff not in privity of contract with the defendant manufacturer. *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575, on the other hand, involved a loss caused by a negligently made statement, and the loss was economic rather than physical. *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004, arose from the negligent conduct of the servants of the defendant, who was performing a statutory function.

Despite this expansion of the principles governing tort liability, however, the courts have remained conscious throughout of the need for reasonable limitations. Nowhere is this need more urgent than in cases involving purely economic losses, many of which, in the words of Cardozo C.J. in *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N.Y. 170 (1931), may involve the possibility of liability “in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”.

diligence dans une situation donnée, il n'est pas nécessaire de démontrer que les faits de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu'une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. Tout d'abord, il faut se demander s'il existe entre l'auteur présumé de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit pour que la négligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçue par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne—auquel cas il y a une présomption d'obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des considérations qui pourraient restreindre ou limiter la portée de cette obligation, la catégorie de personnes à qui cette obligation bénéficie ou les dommages qui peuvent être causés par l'inexécution de cette obligation ou faire conclure à l'inexistence de l'obligation, de la catégorie de personnes ou de l'obligation de dédommager: voir l'affaire *Dorset Yacht* . . . lord Reid . . .

Les trois arrêts mentionnés font état de la croissance de l'obligation dans le droit applicable en matière de négligence, à la fois en ce qui a trait à la nature des intérêts protégés et à la gamme des demandeurs en puissance. Dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, la cour a examiné le dommage matériel causé par un produit fabriqué avec négligence à un demandeur qui n'avait aucun lien contractuel avec le fabricant défendeur. Par ailleurs, l'arrêt *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575, portait sur un préjudice causé par une déclaration faite avec négligence et ce préjudice était financier plutôt que matériel. L'arrêt *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004, découle de la conduite négligente des employés du défendeur qui agissaient en vertu de la loi.

Toutefois, malgré cette expansion des principes régissant la responsabilité délictuelle, les tribunaux ont toujours été conscients de la nécessité d'avoir des restrictions raisonnables. Ce besoin se fait plus pressant dans des affaires portant sur des préjudices purement financiers, dont un grand nombre, selon les termes du juge en chef Cardozo dans l'arrêt *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N.Y. 170 (1931), peut comporter la possibilité d'une responsabilité [TRADUCTION] «pour un montant indéterminé, pour une période indéterminée et envers une catégorie indéterminée».

There are various ways of circumscribing, in pure economic loss cases, what otherwise might be an unending chain of liability in an incalculable amount. As Lord Pearce said in *Hedley Byrne*, at p. 615:

How wide the sphere of the duty of care in negligence is to be laid depends ultimately on the courts' assessment of the demands of society for protection from the carelessness of others.

There have been many tests or limitation principles advanced over the years on the theory that, left to itself, recovery for pure economic loss would extend liability in the field of negligence beyond traditional limits. For example, it has been argued that economic losses are recoverable if property loss was foreseeable, though it did not actually occur (*Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569), or if they occur fortuitously with, though not as a result of, physical damage (the "parasitic damage theory", *Seaway Hotels Ltd. v. Gragg (Canada) Ltd. and Consumers Gas Co.* (1959), 17 D.L.R. (2d) 292). Both propositions were rejected in *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 ALR 227 (H.C.), per Gibbs J. at p. 244. The "positive outlay test", which would permit recovery of actual expenditures but not of lost gain, was advanced in *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd.*, [1971] 3 O.R. 627, but was dismissed by Addy J. in *Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority*, [1978] 1 F.C. 464, 79 D.L.R. (3d) 522, at pp. 474 and 530 respectively. For want of firmer ground Lord Denning, in *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1972] 3 All E.R. 557, advanced the "pure policy test" but this too has been rejected elsewhere: *Caltex Oil, supra*, per Gibbs J. at p. 244, and *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147, 78 D.L.R. (3d) 175, per Collier J., at pp. 159 and 185 respectively. A test focussing on whether the defendant assumed responsibility for the risk of the plaintiff's loss has received some favourable comment. This test has its roots in *Hedley Byrne, supra*, and was mentioned by Laskin J. (as he then was) in *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan*

Il existe diverses manières de circonscrire, dans les affaires portant sur des préjudices purement financiers, ce qui pourrait par ailleurs constituer une chaîne de responsabilité sans fin, pour un montant incalculable. Comme lord Pearce l'a fait remarquer dans l'arrêt *Hedley Byrne*, à la p. 615:

[TRADUCTION] L'étendue de l'obligation de diligence dans un cas de négligence dépend, en dernier ressort, de l'appréciation faite par les tribunaux des exigences de la société en matière de protection contre la négligence d'autrui.

Un grand nombre de critères ou de principes de restriction ont été énoncés au cours des ans à l'égard de la théorie selon laquelle, livré à lui-même, le recouvrement en matière de préjudice purement financier étendrait la responsabilité en matière de négligence au-delà des limites traditionnelles. Par exemple, on a soutenu que des préjudices financiers peuvent donner lieu à une indemnisation si la perte de biens était prévisible, même si elle ne s'est pas réellement produite (*Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569) ou s'ils se produisent de manière fortuite avec des dommages matériels bien qu'ils n'en soient pas la conséquence (la «théorie des dommages parasitaires», *Seaway Hotels Ltd. v. Gragg (Canada) Ltd. and Consumers Gas Co.* (1959), 17 D.L.R. (2d) 292). Ces deux propositions ont été rejetées dans l'arrêt *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 ALR 227 (H.C.), le juge Gibbs à la p. 244. Le «critère des dépenses positives», qui permettrait de recouvrer les dépenses réelles mais non pas le manque à gagner, a été présenté dans *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd.*, [1971] 3 O.R. 627, mais a été rejeté par le juge Addy dans *Bethlehem Steel Corp. c. L'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent*, [1978] 1 C.F. 464, 79 D.L.R. (3d) 522, aux pp. 474 et 530 respectivement. À défaut d'un fondement plus solide, lord Denning, dans l'arrêt *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1972] 3 All E.R. 557, a proposé le «critère des considérations de principe» qui a lui aussi été rejeté dans d'autres décisions: *Caltex Oil*, précitée, le juge Gibbs à la p. 244, et *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147, 78 D.L.R. (3d) 175, le juge Collier,

Corporation of Greater Winnipeg, [1971] S.C.R. 957, at pp. 966-67; but failed to attract Dickson J., as he then was, in *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466, at p. 479. In *Spartan Steel*, *supra*, Edmund Davies L.J. suggested that any economic losses which were both direct and foreseeable would be recoverable. These criteria have been accepted elsewhere (see *Gypsum Carrier*, *supra*), but also dismissed (see *Caltex*, *supra*).

However, I started with Lord Wilberforce's enunciation of the law applicable to negligence generally in *Anns*, *supra*. Application of the two tests laid out in that passage is sufficient to dispose of this appeal. The first test to be met is that there be shown to exist a relationship of proximity or neighbourhood "such that in a reasonable contemplation" of the actor, his carelessness may likely damage the plaintiff. The second test, once the first has been met, is whether there are present any circumstances which would negate or reduce (a) the scope of the duty, or (b) the class of persons to whom such a duty is owed, or (c) the damage seen in law to flow from breach of the duty.

Here we are dealing with the careless performance of an undertaking by contract to provide services in a timely way. In applying the first test to the facts of this appeal, one turns naturally to *Hedley Byrne*, *supra*. The judgments in that case contributed much to the development of the concept of proximity as it applies in a case of negligent misrepresentation, and can do so as well in

aux pp. 159 et 185 respectivement. Un critère qui met l'accent sur la question de savoir si le défendeur a assumé la responsabilité à l'égard du risque de perte pour le demandeur a fait l'objet de certains commentaires favorables. Ce critère tire ses origines de l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, et a été mentionné par le juge Laskin (alors juge puîné) dans l'arrêt *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, aux pp. 966 et 967; mais il n'a pas suscité l'intérêt du juge Dickson, maintenant juge en chef, dans l'arrêt *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466, à la p. 479. Dans l'arrêt *Spartan Steel*, précité, le lord juge Edmund Davies a proposé que tout préjudice financier qui était direct et prévisible puisse donner lieu à un recouvrement. Ces critères ont été acceptés ailleurs (voir *Gypsum Carrier*, précité), mais également rejetés (voir *Caltex*, précité).

Toutefois j'ai commencé par l'énoncé que fait lord Wilberforce du principe de droit généralement applicable en matière de négligence, dans l'arrêt *Anns*, précité. L'application des deux critères établis dans ce passage est suffisante pour statuer sur le présent pourvoi. Le premier critère à remplir est celui selon lequel il faut démontrer l'existence d'un lien suffisamment étroit pour que la négligence de la part de l'acteur «puisse raisonnablement être perçue» par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice au demandeur. Le second critère, à appliquer dès que le premier est rempli, est de savoir s'il existe des considérations qui pourraient restreindre ou diminuer a) la portée de cette obligation, b) la catégorie de personnes à qui cette obligation bénéficie, ou c) les dommages qui, selon la loi, découlent de l'inexécution de cette obligation.

En l'espèce nous avons affaire à l'exécution de manière négligente d'un engagement en vertu d'un contrat de prestation de services qui prévoyait un délai d'exécution. En appliquant le premier critère aux faits du présent pourvoi, on examine naturellement l'arrêt *Hedley Byrne*, précité. Les jugements rendus dans cette affaire ont beaucoup contribué à l'élaboration du concept du lien étroit qui s'applique dans une affaire de fausse représentation faite par négligence et qui peut également s'appliquer

the circumstances here, where the negligence is in the delivery of a service.

The facts of *Hedley Byrne* are well known. The defendant Bank answered a request by another Bank for financial information concerning one of the defendant's customers. In particular, the defendant was asked to verify that its customer would be trustworthy for an advertising contract and in the course of business for a certain amount. On the strength of the defendant's favourable report, the plaintiff placed orders with the customer. The defendant's answers, however, had been given negligently, and when its customer went into liquidation, the plaintiff suffered economic loss.

In finding liability in the Bank, the House of Lords was concerned with finding a sufficiently proximate relationship between the plaintiff and the defendant. Lord Reid first dealt with the identification of the class of persons to whom the duty was owed. At page 580, he noted that the Bank:

... knew that the inquiry was in connexion with an advertising contract, and it was at least probable that the information was wanted by the advertising contractors. It seems to me quite immaterial that they did not know who these contractors were

On the next page, His Lordship stated:

It would be one thing to say that the speaker owes a duty to a limited class, but it would be going very far to say that he owes a duty to every ultimate "consumer" who acts on those words to his detriment.

Lord Morris at p. 588, relating the same principle to the facts, put it this way:

... the [defendant] bank must have known that the National Provincial were making their inquiry because some customer of theirs was or might be entering into some advertising contract in respect of which Easipower, Ltd., might become under a liability to such customer to the extent of the figures mentioned.

Lord Devlin, at p. 608, narrowed the process down to the finding of the answer on the particular facts to the question, "Is the relationship between the parties in this case such that it can be brought

dans les circonstances de l'espèce où il s'agit de négligence dans la prestation d'un service.

Les faits de l'affaire *Hedley Byrne* sont bien connus. La banque défenderesse a répondu à une demande d'une autre banque qui voulait obtenir des renseignements de nature financière sur l'un des clients de la défenderesse. En particulier, on a demandé à la défenderesse de vérifier si son client serait digne de confiance, en affaires, pour un contrat de publicité d'un certain montant. Sur la foi du rapport favorable de la défenderesse, la demanderesse a passé des commandes avec le client. Toutefois, les réponses de la défenderesse avaient été données de façon négligente et lorsque son client a été mis en faillite, la demanderesse a subi un préjudice financier.

Pour conclure à la responsabilité de la banque, la Chambre des lords devait trouver un lien suffisamment étroit entre la demanderesse et la défenderesse. Lord Reed a d'abord traité de l'identification de la catégorie de personnes envers qui il y avait une obligation de diligence. À la p. 580, il a souligné que la banque:

[TRADUCTION] ... savait que la demande avait trait à un contrat de publicité et il était pour le moins fort probable que les renseignements étaient demandés par les entrepreneurs en publicité. À mon avis, il importe peu qu'ils aient ignoré l'identité de ces entrepreneurs ...

À la page suivante, Sa Seigneurie affirme:

[TRADUCTION] On pourrait dire que la personne qui parle a une obligation de diligence envers une catégorie limitée de personnes, mais ce serait aller très loin que de dire qu'elle a une obligation de diligence envers chaque «consommateur» ultime qui agit à son détriment en se fondant sur ses paroles.

Lord Morris dit, à la p. 588, en appliquant le même principe aux faits:

[TRADUCTION] ... la banque [défenderesse] devait savoir que la National Provincial se renseignait parce qu'un de ses clients avait conclu, ou pouvait conclure, un contrat de publicité en vertu duquel Easipower, Ltd. pouvait devenir le débiteur de ce client jusqu'à concurrence des chiffres mentionnés.

À la page 608, lord Devlin s'est borné à chercher, en fonction des faits de l'espèce, une réponse à la question suivante: [TRADUCTION] «En l'espèce y a-t-il entre les parties un lien qui puisse s'inscrire

within a category giving rise to a special duty?" The expression used by Lord Haldane in the earlier case of *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, was "special relationship". Lord Morris (p. 594), Lord Hodson (p. 601) and Lord Pearce (p. 616) all decided that a duty would arise in circumstances where the defendant, being so placed that others would reasonably rely on his judgment or skill, knows that the plaintiff will rely on his statements.

The requirement of proximity of relationship to the founding of tort liability for negligent misstatements causing economic loss was further considered by this Court in *Haig v. Bamford*, *supra*, two years prior to the judgment in *Anns*, *supra*, but after *Hedley Byrne*, *supra*. The Court was there concerned with the liability of an accountant for the negligent preparation of a financial statement for its client, which to the accountant's knowledge the client intended to use in his search for outside investors in a business enterprise. It is not surprising, having regard to the nature of the services provided by the defendant and the nature of the plaintiff's loss, that the Court was primarily concerned with the evolution of the doctrines enunciated in *Hedley Byrne*. A majority, speaking through Dickson J., as he then was, found that the appropriate test for liability in the circumstances was grounded in the actual knowledge of the defendant of a limited class of persons who would use and rely upon the defendant's statement. Actual knowledge or awareness in the defendant of the specific plaintiff was not a requirement (pp. 476-77).

The forerunner of *Hedley Byrne* was the dissenting judgment of Denning L.J. (as he then was) in *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426, again a case concerning the liability of accountants in the delivery of professional services. The question put by the court in that case was, "to whom do these professional people owe

dans une catégorie qui donne naissance à une obligation spéciale?» L'expression utilisée par lord Haldane dans l'arrêt antérieur *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, était [TRADUCTION] «lien particulier». Lord Morris (p. 594), lord Hodson (p. 601) et lord Pearce (p. 616) ont tous décidé qu'il y aura une obligation lorsque la défenderesse, étant dans une situation telle que les autres auront raisonnablement confiance en son jugement ou en son habileté, sait que la demanderesse se fierà à ses déclarations.

L'exigence d'un lien étroit comme fondement de la responsabilité délictuelle relative à des fausses déclarations faites par négligence qui causent un préjudice financier a été examinée plus amplement par cette Cour dans l'arrêt *Haig c. Bamford*, précité, deux ans avant l'arrêt *Anns*, précité, mais après l'arrêt *Hedley Byrne*, précité. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur la responsabilité d'un comptable à l'égard de la préparation négligente d'un état financier pour son client, que ce dernier, à la connaissance du comptable, avait l'intention d'utiliser dans ses recherches d'un investisseur dans une entreprise commerciale. Il n'est pas surprenant, compte tenu de la nature des services fournis par le défendeur et de la nature de la perte du demandeur, que la Cour se soit intéressée principalement à l'évolution des principes énoncés dans l'arrêt *Hedley Byrne*, précité. Le juge Dickson, alors juge puîné, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a conclu que le critère qu'il fallait appliquer pour déterminer la responsabilité dans ces circonstances était fondé sur la connaissance réelle qu'avait le défendeur d'une catégorie limitée de personnes qui utiliseraient l'état financier du défendeur et se fonderaient sur celui-ci. Il n'était pas nécessaire que le défendeur connaisse réellement le demandeur précis (pp. 476 et 477).

Le jugement dissident du lord juge Denning (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426, est le précurseur de l'arrêt *Hedley Byrne*; il s'agit là encore d'une affaire concernant la responsabilité de comptables dans la prestation de services professionnels. La question posée par la cour dans

this duty?" In answer to this question, Denning L.J. stated, at p. 434:

They owe the duty, of course, to their employer or client, and also, I think, to any third person to whom they themselves show the accounts

The test of proximity in these cases is: Did the accountants know that the accounts were required for submission to the plaintiff and use by him?

On the following page, His Lordship continued:

It will be noticed that I have confined the duty to cases where the accountant prepares his accounts and makes his report for the guidance of the very person in the very transaction in question. That is sufficient for the decision of this case. I can well understand that it would be going too far to make an accountant liable to any person in the land who chooses to rely on the accounts in matters of business, for that would expose him, in the words of Cardozo, C.J., in *Ultramares Corpn. v. Touche* [*supra*] . . . to

"... liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class."

Whether he would be liable if he prepared his accounts for the guidance of a specific class of persons in a specific class of transactions, I do not say. I should have thought he might be, just as the analyst and lift inspector would be liable in the instances I have given earlier.

In *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, this Court divided on some aspects of the issue of negligently caused economic loss, but both the majority and the dissenting judgments recognized that, in principle, a defendant could be held liable in tort for economic losses arising wholly in the absence of associated physical injury or damage. *Rivtow* concerned the liability of the manufacturer of a defectively made crane to the crane's ultimate consumer, for the cost of the repairs and for profits lost while the crane was out of service. The case therefore raised issues of products liability and bears little resemblance to *Hedley Byrne, supra*, and the cases following it. Consistently with the cases cited *supra*, however, both Ritchie J. for the majority and Laskin J., as he then was, in dissent referred to the need to find sufficient proximity between

cette affaire était de savoir [TRADUCTION] «envers qui ces professionnels ont-ils cette obligation?» En réponse à cette question, le lord juge Denning dit à la p. 434:

^a [TRADUCTION] Ils ont évidemment une obligation de diligence envers leur employeur ou leur client et aussi, à mon avis, envers le tiers à qui ils montrent eux-mêmes les comptes . . .

^b Voici le critère de la relation dans ces cas-là: Les comptables savaient-ils que les comptes devaient être présentés au demandeur et utilisés par ce dernier?

À la page suivante, Sa Seigneurie ajoute:

^c [TRADUCTION] Il convient de souligner que j'ai limité l'obligation aux cas où le comptable réunit les données et dresse son rapport pour la gouverne de l'intéressé même, dans la transaction en question. Ceci nous suffit pour prendre la décision en l'espèce. Je me rends bien compte qu'il serait exagéré de rendre le comptable responsable ^d envers toute personne qui décide de se fier aux comptes pour faire une transaction, car ce serait l'exposer, selon les termes du juge en chef Cardozo dans *Ultramares Corpn. v. Touche* (précité) . . . à une

^e «... responsabilité pour un montant indéterminé, pour une période indéterminée et envers une catégorie indéterminée».

^f Je ne me prononce pas sur sa responsabilité s'il a dressé son rapport pour la gouverne d'une catégorie précise de personnes dans le cadre d'une catégorie précise de transactions. Je serais porté à croire qu'il pourrait l'être, au même titre que l'analyste ou l'inspecteur d'ascenseurs le sont dans les cas que j'ai mentionnés.

^g Dans l'arrêt *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, cette Cour n'a pas été unanime sur certains aspects de la question du préjudice financier causé par négligence, mais les juges formant la majorité et les juges dissidents ont reconnu que, en principe, un défendeur pouvait ^h encourir une responsabilité délictuelle pour des préjudices financiers qui ne résultent aucunement de dommages ou de préjudices matériels connexes. L'arrêt *Rivtow* portait sur la responsabilité du fabricant d'une grue défectueuse envers l'usager ⁱ ultime de la grue, pour ce qui est du coût des réparations et des bénéfices perdus alors que la grue était hors d'usage. Par conséquent, l'affaire a soulevé des questions de responsabilité à l'égard de produits et ressemble peu à l'arrêt *Hedley Byrne*, ^j précité, et aux affaires qui l'ont suivi. Toutefois, conformément à la jurisprudence précitée, le juge

the parties to the action. Ritchie J. wrote at p. 1196:

I think it important to stress the fact that the cranes in question were designed for the express purpose of loading and unloading heavy logs, that the site of the logging operation i.e., the coastal areas of British Columbia, was well known to both respondents who were in fact aware of the exact task to be required of the cranes by Rivtow. This is not a case of a negligent manufacturer whose defective or dangerous goods have caused damage to some unknown member of the general public into whose hands they have found their way. These respondents knew that the cranes were going to be used by the appellant and the exact use to which they were to be put.

The remarks of Laskin J. on the need for limiting factors are also apt (p. 1219):

Liability here will not mean that it must also be imposed in the case of any negligent conduct where there is foreseeable economic loss The present case is concerned with direct economic loss by a person whose use of the defendant Washington's product was a contemplated one, and not with indirect economic loss by third parties, for example, persons whose logs could not be loaded on the appellant's barge because of the withdrawal of the defective crane from service to undergo repairs.

The House of Lords in *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1982] 3 All E.R. 201, was also concerned with finding a sufficiently proximate relationship between the parties. There, the plaintiff owned a factory in which the defendant subcontractor had negligently installed defective flooring. The defendant was held liable for the cost of replacing the flooring and for consequential economic losses. Lord Fraser noted (at p. 204) that the "proximity between the parties is extremely close, falling only just short of a direct contractual relationship." Relying on this fact, he distinguished the case before him from one in which a manufacturer of defective goods had offered them for sale to the general public. Lord Roskill similarly wrote (at p. 211) that the sub-contractors were "in almost as close a commercial relationship with

Ritchie au nom de la majorité et le juge Laskin (alors juge puîné), dissident, ont mentionné qu'il était nécessaire d'établir l'existence d'un lien suffisamment étroit entre les parties à l'action. Le juge

a Ritchie écrit, à la p. 1196:

Je crois qu'il convient de souligner le fait que les grues en question étaient conçues dans le but exprès de charger et de décharger de lourdes billes, que l'emplacement de l'exploitation des bois, c'est-à-dire, les régions côtières de la Colombie-Britannique, était bien connu des deux intimées, qui connaissaient effectivement la tâche précise à laquelle Rivtow allait affecter les grues. Il ne s'agit pas d'une affaire de fabricant négligent dont les marchandises défectueuses ou dangereuses ont causé des dommages à quelqu'un qui, dans le public, les a eues en sa possession. Les présentes intimées savaient que les grues allaient être utilisées par l'appelante et connaissaient l'usage précis auquel elles étaient destinées.

a Les remarques du juge Laskin sur la nécessité d'avoir des facteurs restrictifs sont également pertinentes (p. 1219):

La responsabilité ne signifiera pas ici qu'elle doit aussi être imposée dans tous les cas de conduite négligente où il y a perte économique prévisible . . . Dans la présente affaire, il s'agit d'une perte économique directe subie par une personne dont l'usage du produit de la défenderesse Washington était prévu, et non d'une perte économique indirecte subie par un tiers, par exemple, des personnes dont les billes ne pouvaient pas être chargées sur le chaland de l'appelante à cause du retrait du service de la grue défectueuse pour y effectuer des réparations.

g La Chambre des lords dans l'arrêt *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1982] 3 All E.R. 201, s'est également préoccupée de trouver un lien suffisamment étroit entre les parties. Dans cette affaire, la demanderesse était propriétaire d'une usine dans laquelle la défenderesse sous-traitante avait installé de façon négligente un revêtement de sol défectueux. La défenderesse a été tenue responsable du coût de remplacement du revêtement de sol et du préjudice financier qui en est découlé. Lord Fraser a fait remarquer (à la p. 204) que le [TRADUCTION] «lien entre les parties est très étroit, il s'agit presque d'un lien contractuel direct». Se fondant sur ce fait, il a fait la distinction entre l'affaire dont il était saisi et une autre dans laquelle un fabricant de marchandises défectueuses les avaient offertes en vente au grand

the appellants as it is possible to envisage short of privity of contract”.

On the facts as revealed by the evidence before the Court in this appeal, the appellant courier had no knowledge of the existence of the respondent, nor, because of the Crown practice of not disclosing the nature of the documents being forwarded, could it reasonably have known of the existence of a class of persons whose interests depended upon timely transmission of the envelope. There was, therefore, no actual or constructive knowledge in the courier that the rights of a third party could in any way be affected by the transmission or lack of transmission of the envelope in question. If a person in the position of the respondent is included in a class considered to be reasonably within the contemplation of the appellant, there is no logical point of breaking off so as to put a reasonable practical limitation on the courier's range of liability. It is a stretching of concept to conclude that anyone who might conceivably be affected by a failure by the Province of British Columbia to register a Crown grant within the calendar year, constitutes a “limited class” the existence of which is known to a courier employed to deliver the Crown grant to a registry office. In the words of Lord Reid in *Hedley Byrne, supra*, “. . . it would be going very far to say that [the defendant] owes a duty to every ultimate ‘consumer’ . . .”

Another aspect of proximity which was stressed in *Hedley Byrne, supra*, and by Lord Roskill in *Junior Books, supra*, at p. 214, is reliance by the plaintiff upon the undertaking or representation made by the defendant. Lord Reid, in discussing the special relationships which would give rise to a duty of care, stated (at p. 583):

. . . and I can see no logical stopping place short of all those relationships where it is plain that the party seeking information or advice was trusting the other to exercise such a degree of care as the circumstances required, where it was reasonable for him to do that, and

public. De même, lord Roskill a écrit (à la p. 211) que les sous-traitants avaient [TRADUCTION] «un lien commercial avec les appelants aussi étroit que possible sans qu'il n'y ait de lien contractuel».

^a Selon les faits que révèle la preuve présentée devant la Cour dans le présent pourvoi, le service de messageries appelant ne connaissait nullement l'existence de l'intimée et, à cause de la pratique de Sa Majesté de ne pas communiquer la nature des documents qui sont transmis, il ne pouvait raisonnablement connaître l'existence d'une catégorie de personnes dont les intérêts dépendaient de la livraison sans délai de l'enveloppe. Par conséquent, le service de messageries n'avait aucune connaissance réelle ou implicite de ce que la livraison ou le défaut de livraison de l'enveloppe en question pouvait avoir un effet quelconque sur les droits d'un tiers. Si une personne dans la situation de l'intimée est comprise dans une catégorie susceptible d'être raisonnablement perçue par l'appellant, il n'est aucunement logique de s'appliquer à établir une limite pratique raisonnable à l'étendue de la responsabilité du service de messageries. C'est une extension du concept que de conclure que quiconque peut vraisemblablement être touché par l'omission de la province de la Colombie-Britannique d'enregistrer une concession de Sa Majesté dans l'année civile, constitue une «catégorie limitée» dont l'existence est connue par un service de messageries employé pour livrer la concession de Sa Majesté à un bureau d'enregistrement. Pour reprendre les termes de lord Reed dans l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, [TRADUCTION] «. . . ce serait aller très loin que de dire que [la défendresse] a une obligation de diligence envers chaque «consommateur» ultime . . . »

^b Un autre aspect du lien étroit qui a été souligné dans l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, et par lord Roskill dans *Junior Books*, précité, à la p. 214, est le fait que le demandeur se fie à l'engagement du défendeur ou à sa déclaration. Lord Reid, en analysant les liens particuliers qui donneraient lieu à une obligation de diligence, affirme (à la p. 583):

[TRADUCTION] . . . et à mon avis il faut à tout le moins, quant à tous ces liens, qu'il soit évident que la partie qui demande des renseignements ou un conseil ait cru que l'autre exercerait le degré de diligence exigé dans les circonstances, qu'il soit raisonnable pour elle de le faire

where the other gave the information or advice when he knew or ought to have known that the inquirer was relying on him.

At page 594, Lord Morris stated:

My lords, I consider that . . . it should now be regarded as settled that if someone possessed of a special skill undertakes, quite irrespective of contract, to apply that skill for the assistance of another person who relies on such skill, a duty of care will arise . . . Furthermore if, in a sphere in which a person is so placed that others could reasonably rely on his judgment or his skill or on his ability to make careful inquiry, a person takes it on himself to give information or advice to, or allows his information or advice to be passed on to, another person who, as he knows or should know, will place reliance on it, then a duty of care will arise.

(Emphasis added.)

What was the reliance here by the respondent? There was none. The respondent was, by the time of the appellant's engagement by the Crown, in a position of risk through no act of its own. The situation of risk, in which a delay would be fatal to the respondent's interests, was created by the terms of the respondent's contract with the third party, in conjunction with the Crown's refusal to allow a representative of the respondent to carry the documents to Prince George himself. There was no assumption of risk in reliance upon the appellant's undertaking to deliver the documents. The respondent did not rely on the appellant in any way prior to the creation of this risk. The respondent did not permit the engagement of the appellant or reject the idea of engaging another courier by reason of any representation made by the appellant. Nor was the decision not to use the facilities of the Post Office motivated by any act or statement by the appellant.

In sum, the requirements of proximity contained in the principles enunciated in *Hedley Byrne, supra*, and confirmed in *Anns, supra*, are not met on the facts of this appeal. As I have concluded that the respondent did not come within a limited class in the reasonable contemplation of a person in the position of the appellant, it is unnecessary to

et que l'autre ait donné le renseignement ou le conseil alors qu'elle savait ou devait savoir que la personne qui le demandait lui faisait confiance.

^a À la p. 594, lord Morris a dit:

[TRADUCTION] Je considère, chers collègues . . . qu'il devrait maintenant être considéré comme établi que, lorsque quelqu'un qui possède une habileté particulière s'engage, tout à fait indépendamment d'un contrat, à mettre cette habileté au service d'une autre personne qui se fie à cette habileté, une obligation de diligence est créée . . . De plus, lorsqu'une personne, qui occupe dans un domaine déterminé une place propre à inciter les gens à avoir raisonnablement confiance en son jugement ou en son habileté, ou en son aptitude à faire des recherches minutieuses, prend sur elle de donner un renseignement ou un conseil, ou permet que ce renseignement ou ce conseil soit transmis à un tiers qui, comme elle le sait ou devrait le savoir, s'y fier, une obligation de diligence est créée.

^d (C'est moi qui souligne.)

^e À quoi s'est fié l'intimée en l'espèce? À rien. L'intimée était, au moment de l'engagement de l'appelante par Sa Majesté dans une situation de risque même si elle n'accomplissait aucun acte elle-même. La situation de risque, dans laquelle un retard pouvait être fatal pour les intérêts de l'intimée, a été créé par les modalités du contrat de l'intimée avec le tiers, conjointement avec le refus de Sa Majesté de permettre à un représentant de l'intimée de livrer lui-même les documents à Prince George. On n'a accepté aucun risque en se fiant à l'engagement de l'appelante de livrer les documents. L'intimée ne s'était fiée à l'appelante d'aucune manière avant la création de ce risque. L'intimée n'a pas permis l'engagement de l'appelante ni rejeté l'idée d'engager un autre service de messageries en raison de quelque déclaration de l'appelante. Elle n'a pas non plus décidé de ne pas utiliser le service des postes en raison de quelque acte ou déclaration de l'appelante.

ⁱ En résumé, les exigences de lien étroit contenues dans les principes énoncés dans l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, et confirmés dans l'arrêt *Anns*, précité, ne sont pas satisfaites d'après les faits du présent pourvoi. Comme j'ai conclu que l'intimée ne faisait pas partie d'une catégorie limitée qu'une personne dans la position de l'appelante, pouvait

proceed to the second stage or test set out by Lord Wilberforce in *Anns, supra*.

The *Anns* principle sets out a broad and independent right and a concomitant liability in the law of negligence. It has found application in a variety of ways and circumstances in the courts of this country and elsewhere in the years since it was decided. Doubtless, the principle and its reach will be the subject of discussion in the courts as the law of torts continues to evolve. This appeal does not, on its facts, face the Court with the need to re-examine the parameters of the doctrine or its definitive role in our jurisprudence. No doubt the courts of this country will continue to search for reasonable and workable limits to the liability of a negligent supplier of manufactured products or services, to the liability of a negligent contractor for contractual undertakings owed to others, and to the liability of persons who negligently make misrepresentations. In this search courts will be vigilant to protect the community from damages suffered by a breach of the "neighbourhood" duty. At the same time, however, the realities of modern life must be reflected by the enunciation of a defined limit on liability capable of practical application, so that social and commercial life can go on unimpeded by a burden outweighing the benefit to the community of the neighbourhood historic principle.

While the foregoing effectively disposes of this appeal, the same conclusion can be reached through an alternative route. According to established principles, the damage in this case is too remote, and consequently is not recoverable.

In *Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation*, [1979] 1 S.C.R. 633, this Court held (p. 673):

We therefore approach the matter of the proper appraisal of the damages assessable in the peculiar circumstances of this case on the following basis: that

raisonnablement percevoir, il n'est pas nécessaire de passer à la deuxième étape ou au deuxième critère établi par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, précité.

^a Le principe établi dans l'arrêt *Anns* énonce un droit étendu et indépendant et une responsabilité concomitante sur le plan du droit en matière de négligence. Les tribunaux de notre pays et d'ail-
^b leurs l'ont appliqué de diverses manières et dans diverses circonstances depuis qu'il a été rendu. Sans aucun doute, le principe et sa portée feront l'objet de discussions devant les tribunaux au fur et à mesure que le droit en matière délictuelle conti-
^c nuera d'évoluer. D'après les faits du présent pour-voi, la Cour n'a pas à réexaminer les paramètres du principe ou son rôle définitif dans notre juris-
^d prudence. Les tribunaux de notre pays continueront indubitablement de chercher des limites rai-sonnables et pratiques à la responsabilité d'un fournisseur négligent de produits manufacturés ou de services, à la responsabilité d'un entrepreneur négligent à l'égard d'engagements contractuels
^e envers d'autres personnes, et à la responsabilité de personnes qui font de fausses déclarations par négligence. Dans cette recherche, les tribunaux veilleront à protéger la collectivité contre les dom-
^f mages subis par suite d'une violation de l'obligation de «lien étroit». Mais en même temps, l'énoncé d'une limite précise de responsabilité, qui soit sus-ceptible d'application pratique, doit refléter les
^g réalités de la vie moderne, de sorte que les activités sociales et commerciales puissent se poursuivre sans être gênées par un fardeau qui importe plus que l'avantage que représente pour la collectivité le principe historique du lien étroit.

^h Bien que ce qui précède règle vraiment l'issue du présent pourvoi, on peut parvenir à la même conclusion d'une autre manière. Selon les principes établis, le préjudice en l'espèce est trop éloigné et par conséquent ne peut donner lieu à un
ⁱ recouvrement.

Dans l'arrêt *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation*, [1979] 1 R.C.S. 633, cette Cour a statué (p. 673):

^j Il convient donc d'aborder comme suit la question de l'évaluation des dommages exigibles dans les circonstances particulières de cette affaire: les principes relatifs

the same principles of remoteness will apply to the claims made whether they sound in tort or contract subject only to special knowledge, understanding or relationship of the contracting parties or to any terms express or implied of the contractual arrangement relating to damages recoverable on breach . . .

In contract cases, the "rule" in *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, has long been accepted as stating, in general terms, the proper test by which remoteness of damages should be measured:

Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if those special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract.

Hadley v. Baxendale, *supra*, itself involved delay in the performance of a contract of carriage. The defendant was held not liable to compensate the plaintiff, a mill owner, for profits lost due to his failure to deliver a mill shaft promptly, on the basis that he could not be taken to have known of the "special circumstance" that until the shaft was delivered, the mill could not operate. In *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries, Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528, another case involving late delivery, Asquith L.J. commented (at p. 537) that

au caractère prévisible s'appliquent également que la réclamation soit fondée sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle, sous réserve cependant des connaissances, ententes ou relations particulières entre les parties contractantes ou de toute disposition expresse ou implicite dans le contrat au sujet des dommages recouvrables en cas d'inexécution . . .

Dans les affaires en matière de contrat, la «règle» établie dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, est depuis longtemps acceptée comme énonçant, en termes généraux, le critère approprié en vertu duquel le caractère prévisible des dommages doit être mesuré:

[TRADUCTION] Lorsque deux parties ont passé un contrat que l'une d'elle a rompu, la réparation que l'autre partie doit recevoir pour cette rupture doit être celle qu'on peut considérer justement et raisonnablement soit comme celle qui découle naturellement, c'est-à-dire selon le cours normal des choses, de cette rupture du contrat, soit comme celle que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager, lors de la passation du contrat, comme conséquence probable de sa rupture. Cependant, si les demandeurs avaient porté à la connaissance des défendeurs les circonstances spéciales dans lesquelles le contrat avait été conclu et qu'elles aient été connues des deux parties, les dommages-intérêts exigibles par suite de la rupture du contrat et envisagés par les deux parties seraient donc directement fondés sur le préjudice découlant normalement d'une rupture de contrat dans les circonstances particulières telles qu'elles étaient connues et avaient été révélées. Mais d'un autre côté, si ces circonstances spéciales étaient totalement inconnues de la partie qui rompt le contrat, tout au plus pourrait-on considérer qu'elle avait en vue le préjudice qui découlerait généralement et dans la majorité des cas, abstraction faite de toutes circonstances particulières, à la suite d'une rupture de contrat.

L'arrêt *Hadley v. Baxendale*, précité, portait lui-même sur un retard dans l'exécution d'un contrat de livraison. Le défendeur n'a pas été tenu d'indemniser le demandeur, un propriétaire de moulin, pour la perte de bénéfices découlant de son défaut de livrer rapidement un arbre de moulin, et ce, pour le motif qu'on ne pouvait considérer qu'il connaissait les «circonstances spéciales» selon lesquelles le moulin ne pourrait fonctionner tant que l'arbre ne serait pas livré. Dans l'arrêt *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries, Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528, une autre affaire portant sur une livraison tardive, lord Asquith a fait

lost profits are rarely recovered from carriers. However,

This was not, it would seem, because a different principle applies in such cases, but because the application of the same principle leads to different results. A carrier commonly knows less than a seller about the purposes for which the buyer or consignee needs the goods, or about other "special circumstances" which may cause exceptional loss if due delivery is withheld.

In that case, the plaintiff was able to recover lost profits from the defendant, who knew of the nature of the plaintiffs' business, that the boiler was required for the business, and that the plaintiffs wanted to put it into use "in the shortest possible space of time". In an analogous Canadian case, *Cornwall Gravel Co. v. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267, affirmed [1980] 2 S.C.R. 118, the defendant courier was held liable for profits lost when it failed to deliver the plaintiff's tender on time. There, the courier had been told that the package contained a tender and that delivery had to be made before a certain time. In the ordinary course of events, it would be obvious that unless the tender arrived before the deadline, a contract could be lost. Therefore, the defendant had actual knowledge of "special circumstances", and this fact justified holding it liable for the plaintiff's lost profits.

This appeal, however, involves very different circumstances. The appellant courier had no knowledge of the fact that the envelope contained a Crown grant, and even if it had, unlike a tender there is nothing about a Crown grant which would suggest to the reasonable person in the position of the courier that its failure to effect timely delivery could result in consequential lost profits to anyone. Assuming even that the appellant had had notice both of the nature of the contents of the package and of the existence of a contract between the Crown grantee and a third party whose perform-

remarquer (à la p. 537) que les bénéfices perdus sont rarement recouverts des transporteurs. Toutefois,

[TRADUCTION] Il en était ainsi non pas, semble-t-il, parce qu'un principe différent s'applique dans de tels cas, mais parce que l'application du même principe entraîne des résultats différents. D'habitude, le transporteur en connaît moins que le vendeur sur les raisons pour lesquelles l'acheteur ou le destinataire a besoin des marchandises ou sur les autres «circonstances spéciales» qui peuvent causer une perte exceptionnelle si la livraison n'est pas effectuée à temps.

Dans cette affaire, la demanderesse a été en mesure de se faire indemniser, pour les bénéfices perdus, par la défenderesse qui connaissait la nature de l'entreprise de la demanderesse et qui savait que la chaudière était nécessaire pour l'entreprise et que la demanderesse voulait qu'elle soit en état de fonctionner [TRADUCTION] «dans le plus bref délai possible». Dans une affaire canadienne analogue, *Cornwall Gravel Co. v. Purolator Courier Ltd.* (1978), 83 D.L.R. (3d) 267, confirmé par [1980] 2 R.C.S. 118, le service de messageries défendeur a été tenu responsable de la perte de bénéfices du fait qu'il n'a pas livré la soumission de la demanderesse à temps. Dans cette affaire, on avait dit au service de messageries que le paquet contenait une soumission et que la livraison devait être effectuée dans un certain délai. Dans le cours habituel des événements, il serait évident que, à moins que la soumission n'arrive avant l'expiration du délai, un contrat pourrait être perdu. Par conséquent, le défendeur avait une connaissance réelle des «circonstances spéciales» et ce fait justifiait qu'il soit tenu responsable de la perte de bénéfices de la demanderesse.

Toutefois, le présent pourvoi comporte des circonstances très différentes. Le service de messageries appelant ne savait pas que l'enveloppe contenait une concession de Sa Majesté et, même s'il l'avait su, à la différence d'une soumission, rien à l'égard d'une concession de Sa Majesté ne pourrait suggérer à une personne raisonnable dans la situation du service de messageries que la livraison tardive pourrait entraîner une perte de bénéfices pour qui que ce soit. Même si l'on présume que l'appelante avait été informée de la nature du contenu du paquet et de l'existence d'un contrat

ance depended on timely delivery, in this case the terms of that "improvident" contract (as it was described by Carrothers J.A. in the Court of Appeal) from which the economic loss flowed were so extraordinary that they must fall within the category of "special circumstances" requiring communication to the defendant under the rule in *Hadley v. Baxendale, supra*. It is clear, therefore (there being no such communication), that if the parties had been in a relationship of contractual privity, the losses complained of would not have been foreseeable. They are no more foreseeable because the respondent sued in tort.

In the circumstances here revealed, I would for these reasons set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment at trial, with costs to the appellant here and below.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I agree with my colleague, Estey J., that no duty of care was owed by the appellant courier to the respondent Hofstrand on the facts of this case. The principle established by the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, and applied by the majority of this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, has accordingly no application in this situation.

I would respectfully adopt the following excerpt from the dissenting reasons of Carrothers J. in the British Columbia Court of Appeal:

I consider that, as between the courier and Hofstrand, there is not any relationship of proximity or neighbourhood such that in the reasonable contemplation of the courier carelessness on the part of the courier may likely cause Hofstrand to suffer economic loss.

For these reasons I would dispose of the appeal as proposed by Estey J.

Appeal allowed with costs.

entre le cessionnaire de Sa Majesté et un tiers, dont l'exécution dépendait d'une livraison en temps opportun, en l'espèce les modalités de ce contrat «imprévoyant» (comme l'a décrit le juge Carrothers de la Cour d'appel) dont découle le préjudice financier étaient tellement extraordinaires qu'elles doivent s'inscrire dans la catégorie des «circonstances spéciales» qui exige la communication au défendeur en vertu de la règle établie dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*, précité. Par conséquent, il est évident (étant donné qu'une telle communication n'a pas eu lieu), que s'il y avait eu un lien contractuel entre les parties, le préjudice dont on se plaint n'aurait pas été prévisible. Il n'est pas plus prévisible parce que l'intimée a intenté une action en responsabilité délictuelle.

Compte tenu des circonstances de l'espèce, je suis d'avis pour ces motifs d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de première instance, avec dépens accordés à l'appelante devant cette Cour et devant les cours d'instance inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Je suis d'accord avec mon collègue le juge Estey pour dire que, compte tenu des faits de l'espèce, le service de messageries appellant n'avait aucune obligation de diligence envers l'intimée Hofstrand. Le principe établi par la Chambre des lords dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, et appliqué par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, ne s'applique donc pas à l'espèce.

Avec égards, je fais mien l'extrait suivant des motifs de dissidence du juge Carrothers de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] J'estime que, entre le service de messageries et Hofstrand, il n'y a pas de lien suffisamment étroit pour que la négligence de la part du service de messageries puisse raisonnablement être perçue par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice financier à Hofstrand.

Pour ces motifs, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon proposée par le juge Estey.

Pourvoi accueilli avec dépens.

*Solicitors for the appellant: Alexander, Guest,
Holburn & Beaudin, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelante: Alexander, Guest,
Holburn & Beaudin, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Bull, Housser &
Tupper, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée: Bull, Housser &
Tupper, Vancouver.*

Denis Daoust *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17756.

1986: February 26; 1986: March 20.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial without jury — Accused convicted of attempted murder — Conviction affirmed by Court of Appeal majority — Possibility that a majority judge thought trial was with jury — Appeal de novo directed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal¹, dismissing by a majority an appeal by accused convicted of attempted murder by a judge of the Court of Sessions of the Peace. Appeal allowed and appeal *de novo* directed.

Josée Ferrari, for the appellant.

Roger Carrière, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

THE COURT— After a trial before a judge of the Court of Sessions of the Peace sitting without a jury, appellant was convicted of attempted murder and sentenced to eighteen years in prison. His appeal to the Court of Appeal was dismissed, but not unanimously: one of the three judges would have acquitted him. Of the two judges in the majority, who considered that his appeal should be dismissed, one rendered his judgment as follows:

[TRANSLATION] Like my brother Montgomery J.A., I am of the view that appellant had a fair trial. The jury did not believe him.

I would therefore dismiss the appeal.

Did the judge think this was a trial by jury? Or, realizing that the trier of fact was a judge of the Court of Sessions of the Peace, did he simply make an error in describing the trier of fact?

¹ J.E. 83-443; C.A. Mtl., No. 500-10-000147-809, March 18, 1983.

Denis Daoust *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° du greffe: 17756.

1986: 26 février; 1986: 20 mars.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

^b EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procès sans jury — Accusé reconnu coupable de tentative de meurtre — Déclaration de culpabilité confirmée majoritairement par la Cour d'appel — Possibilité qu'un juge de la majorité se soit cru en présence d'un procès avec jury — Appel de novo ordonné.

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹, qui a rejeté à la majorité l'appel de l'accusé déclaré coupable de tentative de meurtre par un juge de la Cour des sessions de la paix. Pourvoi accueilli et appel *de novo* ordonné.

^e *Josée Ferrari*, pour l'appellant.

Roger Carrière, pour l'intimée.

Le jugement suivant a été rendu par

^f LA COUR— Suite à un procès devant un juge de la Cour des sessions de la paix siégeant sans jury, l'appellant a été déclaré coupable de tentative de meurtre et doit purger une peine de dix-huit ans de pénitencier. Son pourvoi en Cour d'appel a été rejeté, mais les avis étaient partagés; un des trois juges l'aurait acquitté. Des deux juges majoritaires, qui étaient d'avis de rejeter son pourvoi, l'un rendait jugement comme suit:

^h Tout comme mon collègue monsieur le juge Montgomery, je suis d'avis que l'appellant a eu un procès équitable. Il n'a pas été cru par les jurés.

Je rejetterais donc le pourvoi.

ⁱ Le juge se croyait-il en présence d'un procès par jury? Ou encore, conscient du fait que le juge des faits était un juge de la Cour des sessions de la paix, s'est-il simplement trompé en se référant au juge des faits?

¹ J.E. 83-443; C.A. Mtl., n° 500-10-000147-809, 18 mars 1983.

The accused raised this as one of the arguments in support of his appeal to this Court.

We are all of the view that it is in the interests of the proper administration of justice that this Court allow the appeal and direct that the appeal of the accused be heard *de novo* by the Court of Appeal.

In view of this conclusion, it would be inappropriate for us to rule on the other arguments made by the accused in this Court.

Appeal allowed and appeal de novo directed.

Solicitor for the appellant: Josée Ferrari, Montréal.

Solicitor for the respondent: Roger Carrière, Montréal.

L'accusé soulève ceci comme un des moyens au soutien de son pourvoi devant cette Cour.

Nous sommes tous d'avis qu'il est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice que cette Cour accueille le pourvoi et ordonne que l'appel de l'accusé soit entendu *de novo* en Cour d'appel.

Eu égard à cette conclusion, il n'est pas opportun que nous nous prononcions sur les autres moyens soulevés par l'accusé devant cette Cour.

Pourvoi accueilli et appel de novo ordonné.

Procureur de l'appelant: Josée Ferrari, Montréal.

Procureur de l'intimée: Roger Carrière, Montréal.

Corrado Di Pietro and Josephine Di Pietro
Appellants;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

File No.: 17337.

1984: December 21; 1986: March 20.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer,
Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Gaming and betting — Charge of keeping a common gaming house — Offence not proven — Element of wagering absent — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 179(1), 185, 188(1)(b).

Appellants were charged with keeping a common gaming house, contrary to s. 185 of the *Criminal Code*, after the police observed on several occasions customers playing *scalaforti*, an Italian card game, on the appellants' business premises. The score sheets seized seemed to indicate that the players bet \$10 a game but the trial judge found otherwise. It was customary, however, for the loser of each game to buy a round of refreshments. Appellants supplied the players with cards and score sheets and made their profits from the sale of refreshments. The appellants were convicted and their appeal to the Court of Appeal was dismissed.

Held: The appeal should be allowed.

Although the *Criminal Code* is silent on this aspect of the offence, wagering is an essential element of gaming. The prosecution must prove, in addition to the four elements listed in the definition of a common gaming house in s. 179(1), that the participants had the chance of both winning and losing money or money's-worth. These possible outcomes must be a result, direct or indirect, of wagering or hazarding a stake prior to or during the game. In the present case, the element of wagering was not established as the trial judge found, as a question of fact, that no money had changed hands among the players. The custom by which the loser of the card game purchased refreshments for the other participants does not constitute staking as defined by the common law.

Corrado Di Pietro et Josephine Di Pietro
Appellants;

et

^a **Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 17337.

^b 1984: 21 décembre; 1986: 20 mars.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

^d *Droit criminel — Jeux et paris — Accusation d'avoir tenu une maison de jeu — Infraction non prouvée — Absence de gageure — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 179(1), 185, 188(1)(b).*

Les appelants ont été accusés d'avoir tenu une maison de jeu, contrairement à l'art. 185 du *Code criminel*, après que la police eut remarqué à plusieurs reprises des clients qui jouaient au *scalaforti*, un jeu de cartes italien, dans les locaux commerciaux des appelants. Les feuilles de marque semblaient indiquer que les joueurs pariaient 10 \$ par partie, mais le juge du procès n'a pas conclu en ce sens. L'usage voulait toutefois que le perdant de chaque partie achète des rafraîchissements pour tout le monde. Les appelants fournissaient des cartes et des feuilles de marque aux joueurs et leurs profits provenaient de la vente de rafraîchissements. Les appelants ont été reconnus coupables et la Cour d'appel a rejeté leur appel.

^g *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

^h Malgré le silence du *Code criminel* sur cet aspect de l'infraction, le fait de gager constitue un élément essentiel de l'infraction de jeu. Outre les quatre éléments énumérés dans la définition d'une maison de jeu au par. 179(1), la poursuite doit démontrer que les participants couraient la chance de gagner et le risque de perdre de l'argent ou l'équivalent. Ces éventualités doivent être la conséquence, directe ou indirecte, d'une gageure ou d'une mise faite avant le jeu ou pendant celui-ci. En l'espèce, on n'a pas prouvé qu'il y a eu gageure étant donné que le juge du procès a conclu, en tant que question de fait, qu'il n'y a pas eu de circulation d'argent entre les joueurs. L'usage suivant lequel le perdant du jeu de cartes achetait des rafraîchissements pour les autres participants ne constitue pas un enjeu au sens de la *common law*.

Cases Cited

McCullom v. Wrightson, [1968] A.C. 522; *R. v. Irwin* (1982), 1 C.C.C. (3d) 212, considered; *Roberts v. The King*, [1931] S.C.R. 417; *R. v. Ashton* (1852), 1 E. & B. 286; *Lockwood v. Cooper*, [1903] 2 K.B. 428; *Ellesmere (Earl) v. Wallace*, [1929] 2 Ch. 1; *R. v. Wilkes* (1930), 55 C.C.C. 1, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Betting and Gaming Act, 1960 (U.K.), c. 60, s. 28.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 179(1) "common gaming house", "game", 180(1)(b), 185, 186 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 11], 188(1).

Authors Cited

Eddy, J. P. and L. L. Loewe. *The New Law of Betting and Gaming*, 2nd ed., London, Butterworths, 1964.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 1 C.C.C. (3d) 458, dismissing appellants' appeal from their convictions for keeping a common gaming house. Appeal allowed.

Edmond Brown and Isak Grushka, for the appellants.

Michael N. Bernstein, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—The two appellants were convicted by an Ontario Provincial Court judge in the district of York of keeping a common gaming house contrary to s. 185 of the *Criminal Code*. Their appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed and they were granted leave to appeal at large to this Court.

This case requires an analysis of s. 179(1) of the *Code* where "game" and "common gaming house" are defined and raises the issue whether the exemption of s. 188(1)(b) of the *Code* can apply to a charge of keeping a common gaming house.

Sections 179 and 185 read as follows:

179. (1) ...

"common gaming house" means a place that is

(a) kept for gain to which persons resort for the purpose of playing games, or

(b) kept or used for the purpose of playing games

Jurisprudence

Arrêts examinés: *McCullom v. Wrightson*, [1968] A.C. 522; *R. v. Irwin* (1982), 1 C.C.C. (3d) 212; arrêts mentionnés: *Roberts v. The King*, [1931] R.C.S. 417; *R. v. Ashton* (1852), 1 E. & B. 286; *Lockwood v. Cooper*, [1903] 2 K.B. 428; *Ellesmere (Earl) v. Wallace*, [1929] 2 Ch. 1; *R. v. Wilkes* (1930), 55 C.C.C. 1.

Lois et règlements cités

b *Betting and Gaming Act*, 1960 (U.K.), chap. 60, art. 28.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 179(1) «jeu», «maison de jeu», 180(1)(b), 185, 186 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 11], 188(1).

Doctrine citée

c Eddy, J. P. et L. L. Loewe. *The New Law of Betting and Gaming*, 2nd ed., London, Butterworths, 1964.

d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 1 C.C.C. (3d) 458, qui a rejeté l'appel des appelants à l'encontre des déclarations de culpabilité d'avoir tenu une maison de jeu prononcées contre eux. Pourvoi accueilli.

e *Edmond Brown et Isak Grushka*, pour les appelants.

Michael N. Bernstein, pour l'intimée.

f Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER — Un juge de la Cour provinciale de l'Ontario, district de York, a reconnu les deux appelants coupables d'avoir tenu une maison de jeu contrairement à l'art. 185 du *Code criminel*. *g* Déboutés par la Cour d'appel de l'Ontario, ils ont reçu une autorisation générale de se pourvoir devant cette Cour.

h La présente affaire exige qu'on procède à une analyse du par. 179(1) du *Code* où sont définis les termes «jeu» et «maison de jeu» et elle soulève la question de savoir si l'exemption prévue par l'al. 188(1)(b) du *Code* est applicable à une accusation *i* d'avoir tenu une maison de jeu.

Les articles 179 et 185 sont ainsi conçus:

179. (1) ...

«maison de jeu» signifie un local

a) tenu pour fins de gain et fréquenté par des personnes pour se livrer au jeu, ou

b) tenu ou employé pour y pratiquer des jeux

(i) in which a bank is kept by one or more but not all of the players,

(ii) in which all or any portion of the bets on or proceeds from a game is paid, directly or indirectly, to the keeper of the place,

(iii) in which, directly or indirectly, a fee is charged to or paid by the players for the privilege of playing or participating in a game or using gaming equipment, or

(iv) in which the chances of winning are not equally favourable to all persons who play the game, including the person, if any, who conducts the game;

“game” means a game of chance or mixed chance and skill;

185. (1) Every one who keeps a common gaming house or common betting house is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(2) Every one who

(a) is found, without lawful excuse, in a common gaming house or common betting house, or

(b) as owner, landlord, lessor, tenant, occupier or agent, knowingly permits a place to be let or used for the purposes of a common gaming house or common betting house,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

At the time of the charge s. 188(1)(a) to (c) stated that:

188. (1) Sections 185 and 186 do not apply to

(a) any person or association by reason of his or their becoming the custodian or depository of any money, property or valuable thing staked, to be paid to

(i) the winner of a lawful race, sport, game or exercise,

(ii) the owner of a horse engaged in a lawful race, or

(iii) the winner of any bets between not more than ten individuals;

(b) a private bet between individuals not engaged in any way in the business of betting;

(c) bets made or records of bets made through the agency of a pari-mutuel system only as hereinafter in this section provided, upon the race course of an association during the actual progress of a race meet-

(i) où une banque est tenue par un ou plusieurs joueurs, mais non par tous,

(ii) où la totalité ou une partie des paris sur un jeu, ou du produit d'un jeu, est versée, directement ou indirectement, au tenancier du local,

(iii) où, directement ou indirectement, un droit est exigé des joueurs ou versé par eux pour le privilège de jouer à un jeu, ou d'y participer ou d'employer le matériel de jeu, ou

(iv) où les chances de gagner ne sont pas également favorables à toutes les personnes qui pratiquent le jeu, y compris la personne, s'il en est, qui dirige le jeu;

«jeu» signifie un jeu de hasard ou un jeu où se mêlent le hasard et l'adresse;

185. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque tient une maison de jeu ou une maison de pari.

(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque

a) est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de jeu ou une maison de pari, ou

b) en qualité de possesseur, propriétaire, locateur, locataire, occupant ou agent, permet sciemment qu'un endroit soit loué ou utilisé pour des fins de maison de jeu ou pari.

Au moment où l'accusation a été portée, les al. 188(1)a) à c) étaient ainsi conçus:

188. (1) Les articles 185 et 186 ne s'appliquent pas

a) à une personne ou association en raison du fait qu'elle est devenue gardienne ou dépositaire de quelque argent, bien ou chose de valeur, mis en jeu, devant être payés

(i) au gagnant d'une course, d'un sport, d'un jeu ou d'un exercice légitime,

(ii) au propriétaire d'un cheval engagé dans une course légitime, ou

(iii) au gagnant de paris entre dix particuliers au plus;

b) à un pari privé entre des particuliers qui ne se livrent d'aucune façon à l'entreprise de parieurs;

c) aux paris faits ou aux inscriptions de paris faites par l'intermédiaire d'un système de pari mutuel seulement comme le prévoit ci-dessous le présent article, sur la piste de courses d'une association, pendant la

ing conducted by an association upon running, trotting or pacing horse races being run thereon and if the provisions of this section and any regulations made thereunder are complied with.

The Facts

The appellants are husband and wife and they conduct a business known as "Corrado Billiards" in Toronto. On the business premises there are several pool tables, pinball machines, a counter at which coffee, soft drinks, candy and cigarettes are sold, and four tables with sets of chairs at which customers can sit. There are two signs on the wall which read "No Gambling".

From November 4, 1980 to January 16, 1981 the premises were frequented by Constable Salvatore LoStracco of the Metropolitan Toronto Police Force who, on numerous occasions, observed men seated at the tables playing an Italian card game known as *scalaforti*. He further observed score sheets on the table where the game was being played and witnessed the appellants providing their customers with playing cards and score sheets. Constable LoStracco testified that *scalaforti* is a game that can be played for money or merely for amusement. After analysing the score sheets, he was of the opinion, but could not confirm the fact, that the players were betting \$10 a game with a \$2 penalty levied against any player who went over a set number of points.

On January 16, 1981 Constable LoStracco, along with others from the Metropolitan Toronto Police Force, entered the premises with a search warrant and seized decks of cards and score sheets from each of the four tables. The appellants were arrested and charged with keeping a common gaming house and a common betting house contrary to ss. 185 and 186 of the *Criminal Code*.

durée réelle d'une réunion de courses tenues par une association, sur des courses de chevaux dites *running races*, des courses de chevaux au trot ou à l'amble qui y ont lieu, et si les dispositions du présent article et des règlements établis en vertu du présent article sont respectées.

Les faits

Les appelants sont des conjoints qui exploitent à Toronto un commerce connu sous le nom de «Corrado Billiards». Dans les locaux occupés par l'entreprise, il y a plusieurs tables de billard, des appareils de billard électrique, un comptoir où l'on vend du café, des boissons gazeuses, des confiseries et des cigarettes, et quatre tables avec des chaises mises à la disposition de la clientèle. On trouve sur le mur deux affiches portant la mention [TRADUCTION] «Jeux de hasard interdits».

Du 4 novembre 1980 au 16 janvier 1981, les lieux ont été fréquentés par l'agent Salvatore LoStracco de la police de la Communauté urbaine de Toronto, qui, à maintes reprises, a remarqué que des hommes assis aux tables jouaient à un jeu de cartes italien appelé *scalaforti*. Il a constaté en outre qu'il y avait, sur chaque table où l'on jouait, des feuilles de marque et il a vu les appelants fournir à leurs clients ces feuilles et des cartes à jouer. L'agent LoStracco a témoigné qu'on peut jouer au *scalaforti* en risquant de l'argent ou simplement pour se divertir. Après avoir examiné les feuilles de marque, il était d'avis, sans toutefois pouvoir le confirmer, que les joueurs misaient 10 \$ par partie et que tout joueur qui dépassait un certain nombre de points était frappé en plus d'une pénalité de 2 \$.

Le 16 janvier 1981, l'agent LoStracco, muni d'un mandat de perquisition, est entré dans les locaux en compagnie d'autres membres de la police de la Communauté urbaine de Toronto, et a procédé à la saisie de jeux de cartes et de feuilles de marque qui se trouvaient sur chacune des quatre tables. Les appelants ont été arrêtés et accusés d'avoir tenu une maison de jeu et de pari contrairement aux art. 185 et 186 du *Code criminel*.

The Judgments

Provincial Court

Parker J. found that there was no betting taking place on the premises and as such, he acquitted the accused on the count of keeping a common betting house. The Crown did not appeal this verdict. The trial judge also found that although no money had changed hands among the players, the card games described included elements of both chance and skill; and that the premises on which these games were played were kept by the accused for gain in the sense that they profited from the sale of refreshments to the players. He concluded that once the element of chance is found, gaming is proved; and that the accused as keepers of the premises were therefore guilty of keeping a common gaming house.

Ontario Court of Appeal

The accused appealed their convictions for keeping a common gaming house. Martin J.A., in a unanimous judgment, found that both accused kept the place for gain: (1982), 1 C.C.C. (3d) 458. Unlike the trial judge, he said that the elements of skill and chance were not sufficient to constitute the offence of gaming. According to Martin J.A., wagering is an essential element of gaming and there must be proof that money or money's-worth was exchanged among the players in order to sustain a conviction. In support of this proposition Martin J.A. referred to the decision of the Court of Appeal of Ontario in *R. v. Irwin* (1982), 1 C.C.C. (3d) 212, where Goodman J.A., speaking for Martin and Cory J.J.A., stated at p. 225:

It is not sufficient for the prosecution to prove only the elements required by the plain and literal meaning of the words of ss. 179(1) and 185(1) of the *Criminal Code* in order to obtain a conviction under s. 185(1), in the absence of proof of facts bringing into play the conclusive presumption provided for by s. 180(2). The prosecution must also prove that the participants in the game or operators of the game have a chance of both winning and losing money or money's-worth by participating in a game of chance or mixed chance and skill.

Martin J.A. went on to say that the practice by which the loser would purchase refreshments for

Les jugements

Cour provinciale

Le juge Parker a conclu qu'on ne pariait pas dans les locaux en question et, en conséquence, il a acquitté les accusés relativement à l'inculpation d'avoir tenu une maison de pari. Le ministère public n'a pas porté ce verdict en appel. Le juge du procès a conclu en outre que, même si de l'argent n'avait pas circulé entre les joueurs, le hasard et l'adresse entraient dans les parties de cartes décrites; et que les locaux où se déroulaient ces parties de cartes étaient tenus par les accusés pour fins de gain en ce sens qu'ils profitaient de la vente de rafraîchissements aux joueurs. De l'avis du juge Parker, l'infraction de jeu est prouvée dès lors que l'on conclut à l'existence de l'élément du hasard. Il a donc conclu que les accusés, en tant que tenanciers des locaux, étaient coupables d'avoir tenu une maison de jeu.

Cour d'appel de l'Ontario

Les accusés ont interjeté appel de leur déclaration de culpabilité d'avoir tenu une maison de jeu. Dans un arrêt unanime, le juge Martin a conclu que les deux accusés tenaient les locaux pour fins de gain: (1982), 1 C.C.C. (3d) 458. Toutefois, à la différence du juge du procès, le juge Martin a souligné que les éléments de l'adresse et du hasard ne suffisaient pas pour constituer l'infraction de jeu. Selon le juge Martin, l'existence d'une gageure est un élément essentiel de l'infraction de jeu et, pour obtenir une déclaration de culpabilité, il faut prouver la circulation d'argent ou de l'équivalent entre les joueurs. À l'appui de cette proposition, il a invoqué l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Irwin* (1982), 1 C.C.C. (3d) 212, où le juge Goodman, s'exprimant également au nom des juges Martin et Cory, affirme à la p. 225:

[TRADUCTION] Il ne suffit pas, à défaut d'une preuve de faits de nature à faire jouer la présomption concluante du par. 180(2), que la poursuite prouve seulement les éléments requis par le sens manifeste et littéral des termes des par. 179(1) et 185(1) du *Code criminel* si elle veut obtenir une déclaration de culpabilité en vertu du par. 185(1). La poursuite doit aussi établir que les participants à un jeu qui est un jeu de hasard ou un jeu où se mêlent le hasard et l'adresse ou que les personnes qui dirigent ce jeu, courent la chance soit de gagner soit de perdre de l'argent ou l'équivalent.

Le juge Martin a ajouté que l'achat de rafraîchissements par le perdant pour les autres joueurs

the others constituted such an exchange and, therefore, the element of wagering on the game of chance and skill was established. He stated, at p. 465:

It is clear, however, from the evidence of the appellant Corrado Di Pietro that it was the custom for the loser of the game to pay for the drinks and scores were kept for determining who was the loser. Thus, the participants in the game had a chance of winning and losing money or money's-worth, which suffices to supply the necessary element of gaming. The minimal nature of the stakes, no doubt, goes to the seriousness of the offence, but all the elements of the offence were present.

He indicated that it did not matter that there was no evidence that the appellants charged a fee for the use of the cards or the tables. He pointed to s. 180(1)(b) of the *Code* which provides that, in the absence of evidence to the contrary, the fact that a place is found to be equipped with gaming equipment is proof that the place is a common gaming house. When coupled with the fact that the cards and score sheets provided by the appellants were in fact used for gaming, this evidence was held to be sufficient to uphold the conviction and Martin J.A. dismissed the appeal.

Issue

In their factum before this Court the appellants stated that the issue on appeal was whether the courts below had erred in law in failing to apply the exemption in s. 188(1)(b) of the *Code* on the facts as found in this case. Notwithstanding this statement, they also argued that the finding by the trial judge that gaming took place was in error. After a review of the relevant caselaw on gaming, the appellants argued that staking is an essential element of gaming and they claimed that the facts of the case at bar did not indicate that the players were at risk of winning or losing money or money's-worth. Furthermore, even if they were, the amount wagered, the price of a cup of coffee, was too unsubstantial to constitute a real stake:

In the case at bar the practice was for the loser to pay for the winner's or winners' coffee. There would be at

constituait un paiement du type envisagé et que cela prouvait qu'il y avait eu gageure sur un jeu où se mêlaient le hasard et l'adresse. Il affirme à la p. 465:

^a [TRADUCTION] Toutefois, il ressort nettement du témoignage de l'appelant Corrado Di Pietro qu'il était d'usage que le perdant du jeu paie les boissons, et qu'on marquait les points afin de déterminer qui avait perdu.

^b Ainsi, les participants au jeu couraient la chance de gagner et le risque de perdre de l'argent ou l'équivalent, ce qui suffit pour constituer l'élément nécessaire de l'infraction de jeu. La faible valeur des enjeux atténuée sans doute la gravité de l'infraction, mais cela ne change rien au fait que tous les éléments de celle-ci étaient présents.

^c Le juge Martin a souligné que l'absence d'éléments de preuve établissant que les appelants exigeaient des droits pour l'utilisation des cartes ou des tables était sans importance. Il s'est référé à l'al. 180(1)(b) du *Code* qui porte qu'en l'absence d'une preuve contraire, le fait de trouver un local muni d'un matériel de jeu constitue une preuve que ce local est une maison de jeu. Cette preuve, combinée au fait que les cartes et les feuilles de marque fournies par les appelants avaient bel et bien servi à des fins de jeu, a été jugée suffisante pour justifier le maintien de la déclaration de culpabilité et le juge Martin a rejeté l'appel.

La question en litige

^d Dans le mémoire qu'ils ont produit en cette Cour, les appelants affirment que la question en litige est de savoir si, compte tenu des faits constatés en l'espèce, les cours d'instance inférieure ont commis une erreur de droit en n'appliquant pas l'exemption prévue par l'al. 188(1)(b) du *Code*.
^e Néanmoins, ils font valoir en outre que le juge du procès a eu tort de conclure qu'il y a eu infraction de jeu. Ayant passé en revue la jurisprudence pertinente relative au jeu, les appelants font valoir que miser est un élément essentiel du jeu et que, d'après les faits en l'espèce, les joueurs ne couraient pas la chance de gagner ni le risque de perdre de l'argent ou l'équivalent. De plus, même dans l'hypothèse contraire, le montant gagé, savoir le prix d'une tasse de café, était trop insignifiant pour constituer un enjeu véritable.

^f [TRADUCTION] Dans la présente affaire, il était d'usage que le perdant paie le café du gagnant ou des

least one winner and one loser, and depending upon the score in the game and the rules agreed upon by the players, there could be one winner and three losers or possibly one loser and three winners.

Does the agreement between the players that the loser was to treat the winner or winners constitute the place a common gaming house? In any event the proprietor of the establishment will sell only four coffees no matter who pays for the coffee. Is it incumbent upon the vendors of the coffees to inquire of the purchaser as to the nature of the agreement between the players where one player proposes to treat the other players? Were the players at risk of losing in the sense they were obliged to hazard a stake on their part? Are the coffees a stake or a prize in the game? If the answer is "yes" that the coffees are a stake or prize it is submitted that it is not a 'valuable thing' and that the possibility of winning a free coffee 'was too unsubstantial in nature to constitute a real stake or prize' and that following *R. v. Wilkes, supra*, and *R. v. Zippilli* (1980), 54 CCC (2d) 481, the premises in question were not a common gaming house.

It was not until after they raised these important questions that the appellants commenced their argument with regard to the application of the exemption found in s. 188(1)(b) of the *Code*:

But even if this Honourable Court were to decide that the coffee was a real stake and to follow the reasons of Mr. Justice Martin in *Di Pietro* that the minimal nature of the stakes, no doubt, goes to the seriousness of the offence, but all the elements of the offence were present, it would still be left with the exemption in s. 188(1)(b) of the *Criminal Code*.

I would allow this appeal on the preliminary issue raised by the appellants, namely that no gaming occurred at Corrado Billiards. While Martin J.A. was, in my respectful view, correct in stating that a necessary element of the offence of gaming was the chance that the participants could stand to win or lose money or money's-worth, I cannot agree with his characterization of the custom by which the loser pays for the drinks as meeting that requirement.

As this case can be disposed of without a discussion of the applicability of s. 188(1)(b) of the *Code*, I will not advance a concluded opinion on

gagnants. Il y avait au moins un gagnant et un perdant, et, suivant les points marqués et les règles établies par les joueurs, il pouvait y avoir un gagnant et trois perdants ou peut-être un perdant et trois gagnants.

a L'entente entre les joueurs portant que le perdant devait payer à boire au gagnant ou aux gagnants fait-elle en sorte que les locaux étaient une maison de jeu? De toute façon, le tenancier des locaux ne vendra que quatre cafés peu importe qui les paie. Incombe-t-il aux vendeurs des cafés de s'informer auprès de l'acheteur quant à la nature de l'entente intervenue entre les joueurs lorsqu'un de ces derniers se propose de payer à boire aux autres joueurs? Les joueurs couraient-ils le risque de perdre en ce sens qu'ils étaient obligés de mettre chacun un enjeu? Les cafés constituent-ils un enjeu ou un prix dans le jeu en question? Si la réponse est «oui», les cafés constituent un enjeu ou un prix, nous soutenons qu'ils ne constituent pas une «chose de valeur», que le café qu'on courait la chance de gagner «était trop insignifiant pour constituer un véritable enjeu ou prix» et que, suivant les décisions *R. v. Wilkes*, précitée, et *R. v. Zippilli* (1980), 54 CCC (2d) 481, les locaux en question n'étaient pas une maison de jeu.

Ce n'est qu'après avoir soulevé ces points importants que les appelants présentent leur argument relatif à l'application de l'exemption prévue par l'al. 188(1)(b) du *Code*:

[TRADUCTION] Mais même si la Cour devait conclure que le café constituait un enjeu véritable et même si elle devait suivre les motifs de juge Martin, dans l'arrêt *Di Pietro*, portant que la faible valeur des enjeux atténue sans doute la gravité de l'infraction, mais ne change rien au fait que tous les éléments de celle-ci étaient présents, elle pourrait toujours appliquer l'exemption établie par l'al. 188(1)(b) du *Code criminel*.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi relativement au moyen préliminaire soulevé par les appelants, savoir qu'aucune infraction de jeu n'a été commise chez Corrado Billiards. Bien que, avec égards, j'estime que le juge Martin a eu raison de dire que la possibilité, pour les participants, de gagner ou de perdre de l'argent ou l'équivalent est un élément nécessaire de l'infraction de jeu, je ne suis pas d'accord avec lui pour dire que l'usage selon lequel le perdant devait payer les boissons satisfait à cette exigence.

Comme il est possible de statuer sur la présente affaire sans examiner l'applicabilité de l'al. 188(1)(b) du *Code*, je m'abstiens d'exprimer une

that issue. The courts below did not address it and without the benefit of their reasoning I would prefer to leave the resolution of this issue for another day. At the hearing in this Court, both parties argued their case on the assumption that the "private bet" exemption found in s. 188(1)(b) of the *Code* does apply to a charge of keeping a common gaming house, their disagreement being as regards the success of its application to the facts of the case at bar.

The Court subsequently invited counsel to address in writing the issue whether the exemption of s. 188(1)(b) applied to a charge of keeping a common gaming house and whether a wager by a participant in a game is a bet, as that term is meant in s. 188(1)(b). In written submissions both parties answered in the affirmative. Because of this request by the Court, I feel that, as a matter of courtesy, I should give some indication as to why I welcome another ground upon which I can dispose of this appeal. Indeed, despite the Crown's concession, the criteria advanced by the Crown for the exemption to succeed are such that the exemption could never have any practical application to a gaming house. After an extensive review of the legislative history of the gaming laws and of the exemption, one might seriously question whether Parliament ever intended the exemption to apply to a charge of keeping a common gaming house.

Furthermore, in order for the private bet exemption to apply, the wagers by the players would have to be considered as bets. This would blur the distinction between a betting and a gaming house. While I cannot visualize the exemption ever inuring to the benefit of an alleged keeper of a gaming house, I am concerned that, accepting that a wager by a participant in a game is a bet, as that term is meant in the definition of a betting house, would result in the further incrimination of gaming houses which are otherwise lawful. For example, while the mere keeping of a place for the purpose of playing games does not constitute the offence of keeping a common gaming house without proof of one of the additional elements found in subparas. (i) to (iv) of the definition of a gaming house, such

opinion catégorique sur ce point. Les cours d'instance inférieure ne se sont pas penchées sur cette question et, ne pouvant bénéficier de leur raisonnement, je préfère attendre une autre occasion pour la trancher. À l'audience en cette Cour, les deux parties ont tenu pour acquis que l'exemption à l'égard d'un «pari privé» prévue par l'al. 188(1)(b) du *Code* s'applique à une accusation d'avoir tenu une maison de jeu, leur désaccord portant sur l'effet de son application aux faits de l'espèce.

La Cour a plus tard invité les avocats à présenter des arguments écrits sur les questions de savoir si l'exemption établie par l'al. 188(1)(b) s'applique à une accusation d'avoir tenu une maison de jeu et si une gageure par un participant à un jeu constitue un pari au sens de l'al. 188(1)(b). Les deux parties ont répondu à ces questions par l'affirmative. En raison de cette demande formulée par la Cour, je me sens tenu, par courtoisie, d'indiquer pourquoi je préfère me fonder sur un autre moyen pour statuer sur le pourvoi. À vrai dire, malgré la concession faite par le ministère public, les critères qu'il propose pour que l'exemption puisse être invoquée avec succès sont tels que, du point de vue pratique, elle ne pourrait jamais s'appliquer dans le cas d'une maison de jeu. Après un examen approfondi de l'historique des lois en matière de jeu et de l'exemption, on pourrait très bien se demander si le législateur a jamais voulu que cette exemption s'applique à une accusation d'avoir tenu une maison de jeu.

De plus, pour que l'exemption relative aux paris privés s'applique, il faudrait que les gageures des joueurs soient considérées comme des paris. Voilà qui estomperait la distinction entre une maison de pari et une maison de jeu. Bien que je ne puisse concevoir de cas où l'exemption profiterait au prétendu tenancier d'une maison de jeu, je crains que, si on devait conclure qu'une gageure par un participant à un jeu est un pari au sens qu'a ce terme dans la définition d'une maison de pari, cela n'érige en crime la tenue de maisons de jeu par ailleurs légales. Par exemple, quoique la simple tenue d'un local afin qu'on puisse y pratiquer des jeux ne constitue pas l'infraction qui consiste à tenir une maison de jeu, à moins que ne soit établi l'un des éléments supplémentaires énoncés aux

behaviour would nearly always be punishable as keeping a common betting house! For these and other reasons I need not set out here, I think it preferable that this Court not make any definite pronouncement in the case as regards the availability of the exemption of s. 188(1)(b) to a charge of keeping a gaming house, nor as to whether a wager by a participant in a game is a bet. Now to address the other issue.

Section 185(1) of the *Code* makes it an offence to keep a common gaming house. According to the definition of a common gaming house found in s. 179(1), the constituent elements of the offence, are:

1. keeping a place;
2. for gain;
3. resorted to by persons for the purpose of playing games;
4. which games are games of chance or mixed chance and skill.

The first two elements of the offence are present as the appellants admitted that they are the proprietors of Corrado Billiards and that they profit from this undertaking. In assessing whether or not games were being played on the premises, in other words, whether the third and fourth criteria of the offence have been met, I agree with Goodman J.A. in his judgment in *R. v. Irwin, supra*, where he stated, at pp. 218-19, that:

There is ... a substantial body of Canadian and English judicial authority to the effect that, in addition to the [four] elements listed above, the prosecution must establish that 'gaming' took place in the sense of 'wagering' on the part of the participants in a game either between the players themselves or the players and the person conducting or operating the game so that the participants in or operator of the game may win or lose money or money's-worth depending on the outcome of the game of chance or mixed chance and skill.

Although the *Criminal Code* is silent as to the necessity of wagering on the outcome of the game by the players thereof in order to establish that gaming did take place, it has long been recognized by the common law that this is an essential ele-

sous-al. (i) à (iv) de la définition d'une maison de jeu, une telle activité serait presque toujours punissable comme constituant la tenue d'une maison de pari! Pour ces raisons et d'autres encore que je n'ai pas à exposer ici, je crois qu'il est préférable que cette Cour ne statue en l'espèce ni sur l'applicabilité de l'exemption prévue par l'al. 188(1)b) à une accusation d'avoir tenu une maison de jeu, ni sur la question de savoir si une gageure par un participant à un jeu est un pari. Passons maintenant à l'autre question en litige.

Aux termes du par. 185(1) du *Code*, la tenue d'une maison de jeu est une infraction. Suivant la définition que le par. 179(1) donne d'une maison de jeu, les éléments constitutifs de cette infraction sont les suivants:

1. la tenue d'un local;
2. pour fins de gain;
3. la fréquentation de ce local par des personnes pour se livrer au jeu;
4. ces jeux étant des jeux de hasard ou des jeux où se mêlent le hasard et l'adresse.

Les deux premiers éléments de l'infraction sont présents ici puisque les appelants reconnaissent qu'ils sont les propriétaires de Corrado Billiards et qu'ils tirent un gain de cette entreprise. Quant à savoir si on s'y livrait au jeu ou, autrement dit, si les troisième et quatrième critères ont été remplis, je partage l'avis exprimé par le juge Goodman dans l'arrêt *R. v. Irwin*, précité, où il affirme ce qui suit, aux pp. 218 et 219:

[TRADUCTION] On trouve ... une jurisprudence abondante, tant canadienne qu'anglaise, selon laquelle la poursuite doit prouver non seulement que les [quatre] éléments déjà énumérés existent, mais aussi qu'on s'est livré au «jeu» en ce sens qu'il y a eu des «gageures» entre les participants au jeu, soit entre les joueurs eux-mêmes soit entre les joueurs et la personne qui dirigeait ou qui exploitait le jeu, de sorte que les participants à ce jeu ou celui qui le dirigeait pouvaient, suivant l'issue du jeu de hasard ou du jeu où se mêlaient le hasard et l'adresse, gagner ou perdre de l'argent ou l'équivalent.

Bien que le *Code criminel* ne dise pas expressément qu'il est nécessaire, pour établir l'infraction de jeu que les participants au jeu aient gagé sur son issue, il est reconnu depuis longtemps en *common law* que c'est là un élément essentiel de

ment of gaming. As the early English statutes did not contain definitions of “gaming” and “common gaming house” the courts defined “gaming” as “playing a game for stakes hazarded by the players” (Eddy & Loewe, *The New Law of Betting and Gaming* (2nd ed. 1964)). For example, in *R. v. Ashton* (1852), 1 E. & B. 286, Lord Campbell C.J., with whom Coleridge, Wightman and Erle JJ. concurred, stated at p. 289:

The object of the statute was to prevent the contracting of bad habits by the practice of games, where money was staked, in public-houses: if money were staked, that would be gaming; and then there might be a lawful conviction for allowing gaming in the house.

(Emphasis added.)

In 1903, in the case of *Lockwood v. Cooper*, [1903] 2 K.B. 428, Lord Alverstone C.J., speaking for Wills and Channell JJ., stated, at p. 431:

To amount to gaming the game played must involve the element of wagering—that is to say, each of the players must have a chance of losing as well as of winning. To hold otherwise would be an unjustifiable straining of the Act.

That decision was referred to with approval by the English Court of Appeal in *Ellesmere (Earl) v. Wallace*, [1929] 2 Ch. 1, where the Master of the Rolls, Lord Hanworth, stated at p. 28, that:

... the interpretation to be given to ‘gaming’ must be one that involves wagering or betting.

In 1930, in *R. v. Wilkes* (1930), 55 C.C.C. 1, the Ontario Court of Appeal followed the English courts and acknowledged that wagering was a necessary element of the offence of gaming.

The decision in *Wilkes* involved the interpretation of s. 226 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, whose definition of a common gaming house is substantially the same as the present definition found in s. 179(1) of the *Code*. As stated by Goodman J.A. at p. 221 of the report of his judgment in *R. v. Irwin*, *supra*, the *Wilkes* decision “was clearly based on common law principles

cette infraction. Comme les premières lois anglaises en la matière ne définissaient pas les termes [TRADUCTION] «jeu» et «maison de jeu», les tribunaux ont défini le mot «jeu» comme étant [TRADUCTION] «l’action de se livrer à un jeu pour des enjeux misés par les joueurs» (Eddy & Loewe, *The New Law of Betting and Gaming* (2nd ed. 1964)). Par exemple, dans l’arrêt *R. v. Ashton* (1852), 1 E. & B. 286, le lord juge en chef Campbell, à l’avis duquel ont souscrit les juges Coleridge, Wightman et Erle, a dit à la p. 289:

[TRADUCTION] La loi visait à empêcher qu’on contracte de mauvaises habitudes en s’adonnant, dans des bistrotts, à des jeux sur lesquels on avait misé de l’argent: du moment que de l’argent était misé, il y avait infraction de jeu; et cela ouvrait la possibilité d’une déclaration de culpabilité pour avoir permis qu’on se livre au jeu dans les locaux en question.

(C’est moi qui souligne.)

En 1903, dans l’arrêt *Lockwood v. Cooper*, [1903] 2 K.B. 428, le lord juge en chef Alverstone, s’exprimant également au nom des juges Wills et Channell, a affirmé à la p. 431:

[TRADUCTION] Pour qu’il y ait infraction de jeu il faut qu’il y ait gageure—c’est-à-dire, chacun des joueurs doit courir le risque de perdre ainsi que la chance de gagner. Toute autre conclusion déformerait d’une manière injustifiable le sens de la Loi.

Cet arrêt a été approuvé par la Cour d’appel de l’Angleterre dans l’arrêt *Ellesmere (Earl) v. Wallace*, [1929] 2 Ch. 1, où le maître des rôles, lord Hanworth, affirme à la p. 28:

[TRADUCTION] ... le mot «jeu» doit être interprété de manière à comporter le fait de gager ou de parier.

En 1930, dans l’arrêt *R. v. Wilkes* (1930), 55 C.C.C. 1, la Cour d’appel de l’Ontario a suivi les tribunaux anglais en reconnaissant que l’existence d’une gageure constitue un élément nécessaire de l’infraction de jeu.

Dans l’affaire *Wilkes* il s’agissait d’interpréter l’art. 226 du *Code criminel*, S.R.C. 1927, chap. 36, dont la définition d’une maison de jeu était essentiellement la même que celle qui figure au par. 179(1) du *Code* actuel. Comme l’a dit le juge Goodman à la p. 221 de l’arrêt *R. v. Irwin*, précité, l’arrêt *Wilkes* [TRADUCTION] «se fondait nette-

applicable to the meaning of the words 'gaming' and 'common gaming houses'".

When *Wilkes* was adopted by this Court in *Roberts v. The King*, [1931] S.C.R. 417, it became evident that in Canada, as in the United Kingdom, the element of wagering constituted part of the offence of gaming notwithstanding the silence of the *Criminal Code* as regards this element.

In 1960, the Parliament of the United Kingdom codified the common law definition of gaming in its enactment of s. 28(1) of the *Betting and Gaming Act*, 1960 (U.K.), c. 60. That provision stated that:

'gaming' means the playing of a game of chance for winnings in money or money's-worth.

The case of *McCullom v. Wrightson*, [1968] A.C. 522, dealt with that statutory provision, renumbered as s. 55(1) in the statute of 1963. The House of Lords, in a unanimous decision, was of the view that the codification did not alter the existing common law. Lord Hodson, speaking for the rest of the Law Lords said at p. 528:

I am in entire agreement with the Lord Chief Justice and with Widgery and Waller JJ., the other members of the Divisional Court, that the introduction of the word 'winnings' first in the Act of 1960 and then in the Act of 1963 has done nothing directly or by inference to alter the law as it previously existed, namely that 'gaming' only takes place where there is the chance not only of winning but of losing; in other words where some stake has been hazarded.

Thus the *McCullom* case, even though dealing with the U.K. statute, is still a relevant reference for us in Canada.

The facts in that case are analogous to those in the case at bar, at least when one takes the facts as found by the trial judge as regards the absence of wagering of money at Corrado Billiards. The accused in *McCullom* advertised in local newspapers that there would be free games of bingo on Sundays. On three separate occasions members of the public did actually play bingo on the premises. No charge was made for cards; no stakes were hazarded by the participants; the distribution of

ment sur les principes de *common law* applicables au sens des termes «jeu» et «maisons de jeu».

Lorsque l'arrêt *Wilkes* a été adopté par cette Cour dans l'arrêt *Roberts v. The King*, [1931] R.C.S. 417, il est devenu évident qu'au Canada, comme au Royaume-Uni, la gageure était un élément constitutif de l'infraction de jeu, et ce, malgré le silence du *Code criminel* sur ce point.

En 1960, le Parlement du Royaume-Uni a consacré dans le par. 28(1) de la *Betting and Gaming Act*, 1960 (U.K.), chap. 60, la définition donnée au mot «jeu» par la *common law*. La disposition en question porte:

[TRADUCTION] «jeu» signifie la participation à un jeu de hasard pour des fins de gains en argent ou l'équivalent.

L'arrêt *McCullom v. Wrightson*, [1968] A.C. 522, traitait de cette disposition qui, dans la Loi de 1963, était devenue le par. 55(1). La Chambre des lords a jugé à l'unanimité que la présence de la définition dans la loi ne changeait rien à la *common law* existante. Lord Hodson, s'exprimant au nom de ses collègues de la Chambre des lords, a dit à la p. 528:

[TRADUCTION] Je suis entièrement d'accord avec le lord Juge en chef et avec les juges Widgery et Waller, les autres membres de la Cour divisionnaire, pour dire que l'emploi du mot «gains», d'abord dans la Loi de 1960 et puis dans celle de 1963, n'a rien changé, directement ou indirectement, au principe de droit qui existait antérieurement, savoir qu'il n'y a «jeu» que dans le cas où on court non seulement la chance de gagner, mais aussi le risque de perdre; en d'autres termes, lorsqu'il y a un enjeu quelconque.

Par conséquent, l'arrêt *McCullom*, quoique portant sur la loi en vigueur au Royaume-Uni, n'en est pas moins pertinent dans le contexte canadien.

Les faits de l'affaire *McCullom* sont analogues à ceux de la présente espèce, du moins si l'on retient la conclusion du juge du procès qu'aucune somme d'argent n'a été gagée dans les locaux de Corrado Billiards. Dans l'affaire *McCullom*, l'accusé avait annoncé dans des journaux locaux que des parties gratuites de bingo auraient lieu le dimanche. À trois occasions, des membres du public ont effectivement joué au bingo dans les locaux en question. Les cartes étaient fournies gratuitement; les parti-

the cards was not related to the purchase of drink, and the prizes were provided by management.

In the *McCullom* decision, the only issue that needed to be decided was whether the participants were gaming.

Lord Hodson, with whom Lords Reid, Morris of Borth-Y-Gest, Pearce and Upjohn agreed, found that there was no gaming. As there were no stakes being hazarded it was found that the participants did not have a chance of winning or losing money or money's-worth. Lord Hodson said, at pp. 528-29:

... in no sense can it properly be said here that by buying drinks or in some other way those who attended the parties purchased anything so as to be indirectly putting up any stake in connection with the bingo playing. By being attracted to the hotel no doubt they were induced to buy drinks but in no sense were they contributing to the prizes even if they bought drinks before play began. Moreover, there was, as Widgery J. pointed out, an express finding by the justices in the case stated that the distribution of tickets in the alleged gaming was not dependent upon or in any way related to the purchase of drink or anything else.

And then, in conclusion, at p. 529, he said:

It would be necessary in order to make an indirect benefit to the donor of a prize equivalent to a stake in the game that a contribution should be made or proffered before gaming begins. After the prize is won, money spent, which finds its way into the pockets of the donor of the prize, does not automatically become equivalent to a stake.

Goodman J.A., in *R. v. Irwin, supra*, cites *McCullom* at length and then states, at pp. 224-25 that:

It is significant that the accused in the *McCullom* case was acquitted notwithstanding the fact that it was clear that the players were playing a game of chance for winnings in money or money's-worth in accordance with the plain wording of the definition of 'gaming' contained in s. 55(1) of the Act of 1963. The decision rests on the basis that the players were not at risk of losing in the sense that they were not obliged to hazard any stake on their part. In my view, the fact that the definition of 'game' in s. 179(1) of the *Criminal Code* does not

cipants ne mettaient aucun enjeu; la distribution des cartes n'était pas liée à l'achat de boissons et les prix étaient offerts par la direction de l'établissement.

^a Dans l'affaire *McCullom*, la seule question à trancher était de savoir si les participants se livraient au jeu.

^b Lord Hodson, dont l'avis a été partagé par les lords Reid, Morris of Borth-Y-Gest, Pearce et Upjohn, a conclu qu'il n'y avait pas eu de jeu. Comme rien n'avait été misé, on a estimé que les participants ne couraient pas la chance de gagner ou le risque de perdre de l'argent ou l'équivalent. Lord Hodson a dit aux pp. 528 et 529:

[TRADUCTION] ... on ne saurait à bon droit affirmer en l'espèce que, par l'achat de boissons ou de quelque autre manière, ceux qui assistaient aux parties de bingo misaient indirectement sur les jeux. Ayant été attirés à l'hôtel, ils ont sans doute été incités à acheter des boissons, mais ils n'ont d'aucune manière contribué aux prix, même s'ils achetaient des boissons avant le commencement du jeu. De plus, comme l'a souligné le juge Widgery, les juges ont conclu expressément dans l'exposé de cause que la distribution de billets aux fins du jeu qui aurait constitué l'infraction de jeu n'était pas assujettie ni ne se rapportait d'aucune façon à l'achat de boissons ou d'autre chose.

^f Puis, en guise de conclusion, il a dit à la p. 529:

[TRADUCTION] Pour qu'un bénéfice indirect revenant au donateur d'un prix équivaille à un enjeu, il faut qu'une contribution soit faite ou offerte avant que le jeu ne commence. Quand le prix a été gagné, l'argent qui a été dépensé et que le donateur du prix a empoché ne devient pas par le fait même l'équivalent d'un enjeu.

^h Le juge Goodman dans l'arrêt *R. v. Irwin*, précité, cite longuement l'arrêt *McCullom* et ensuite, aux pp. 224 et 225, fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] Il est important de retenir que l'accusé dans l'arrêt *McCullom* a été acquitté, bien qu'il ait été évident que les joueurs participaient à un jeu de hasard pour fins de gains en argent ou l'équivalent, conformément au sens manifeste de la définition de «jeu» au par. 55(1) de la Loi de 1963. Cet arrêt-là repose sur ce que les joueurs ne couraient pas le risque de perdre en ce sens qu'ils n'étaient pas obligés de mettre chacun un enjeu. À mon avis, ce n'est pas parce que la portée de la définition du mot «jeu» au par. 179(1) du *Code criminel*

include the modifying words 'for winnings in money or money's-worth' does not render inapplicable the decision of the House of Lords in *McCullom* to the offence of keeping a common gaming house as set forth in the provision of the *Criminal Code*. It seems clear its decision would have been the same even if those words had not been included in s. 55(1).

(Emphasis added.)

I agree with Goodman J.A. that the *McCullom* decision and the previous common law authorities should aid in interpreting s. 179(1) of the *Code*. The prosecution must prove, as an element of the offence of gaming, that the participants had the chance of both winning and losing money or money's-worth. These possible outcomes must be a result, direct or indirect, of wagering or hazarding a stake prior to or during the game.

I now turn to the facts of the case at hand.

Given Judge Parker's findings of fact that no wagering took place at Corrado Billiards, the only fact upon which a finding of gaming can rest is Di Pietro's admission that it was customary for the loser to pay for the drinks. Martin J.A. was of the opinion that that custom was sufficient to fulfil the requirements laid down by Goodman J.A. in *R. v. Irwin, supra*, of having a chance to win money or money's-worth.

The custom at Corrado Billiards for the loser of the games of *scalaforti* to purchase drinks at the end of the evening for the other participants of the games would not, in my view, be sufficient to constitute staking as defined by the common law. The trial judge found, as a question of fact, that no money changed hands among the players. They were not "putting up a stake" on the outcome of the game, but had merely, in a sense, found a convenient way for taking turns at who would purchase drinks which they would normally consume as part of the evening's amusement. The winners were not eligible to win any sort of prize, as the cups of coffee that were being consumed on the premises as part of the evening's entertainment would not qualify as such. The fact that someone

n'est pas restreinte par les mots «pour fins de gains en argent ou l'équivalent» que l'arrêt *McCullom* de la Chambre des lords ne s'applique pas à l'infraction qui consiste à tenir une maison de jeu, prévue au *Code criminel*. Il semble clair que la Chambre des lords se serait prononcée de la même manière, même si le par. 55(1) n'avait pas contenu ces mots.

(C'est moi qui souligne.)

Je suis d'accord avec le juge Goodman pour dire que l'arrêt *McCullom* ainsi que la jurisprudence antérieure fondée sur la *common law* devraient aider à interpréter le par. 179(1) du *Code*. La poursuite doit établir comme élément de l'infraction de jeu que les participants couraient la chance de gagner et le risque de perdre de l'argent ou l'équivalent. Ces deux éventualités doivent être la conséquence, directe ou indirecte, d'une gageure ou d'une mise faite avant le jeu ou pendant celui-ci.

Examinons maintenant les faits de la présente affaire.

Étant donné la constatation du juge Parker qu'on ne gageait pas chez Corrado Billiards, le seul fait qui peut appuyer une conclusion qu'il y a eu jeu est l'aveu de Di Pietro que le perdant payait habituellement les boissons. Le juge Martin a estimé que cet usage suffisait pour remplir l'exigence d'une possibilité de gagner de l'argent ou l'équivalent posée par le juge Goodman dans l'arrêt *R. v. Irwin*, précité.

À mon avis, l'usage suivi chez Corrado Billiards selon lequel le perdant des jeux de *scalaforti* payait à la fin de la soirée les boissons des autres joueurs ne suffit pas pour constituer un enjeu au sens de la *common law*. Le juge du procès a conclu, en tant que question de fait, qu'il n'y a pas eu de circulation d'argent entre les joueurs. Ils ne «misaient» pas sur l'issue du jeu, mais avaient en quelque sorte découvert une manière commode de payer chacun à son tour les boissons consommées normalement en se divertissant au cours de la soirée. Les gagnants ne recevaient aucun prix, car les tasses de café qu'on buvait pendant la soirée dans les locaux en cause ne répondent guère à cette description. Avec égards, le fait que quelqu'un d'autre pouvait payer le café n'indique pas

else might pay for the coffee was not, in my respectful view, an indication that the participants were winning money or money's-worth. People did not go to the Di Pietro's to win drinks but to play cards. Playing cards was not a means to an end, winning money or money's-worth, but an end in itself. The whole evening of playing cards was more in the nature of amusement than in the nature of betting and gaming as defined by the common law and by the *Criminal Code*. I would therefore allow the appeal and enter an acquittal.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Brown & Grushka, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

que les participants gagnaient de l'argent ou l'équivalent. Les gens se rendaient chez les Di Pietro non pas pour gagner des boissons mais pour jouer aux cartes. Jouer aux cartes n'était pas un moyen d'atteindre un but, c'est-à-dire gagner de l'argent ou l'équivalent; c'était une fin en soi. Le jeu de cartes auquel était consacrée la soirée participait davantage de la nature d'un divertissement que de la nature d'une activité où l'on se livrait au pari et au jeu au sens de la *common law* et du *Code criminel*. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'inscrire un verdict d'acquiescement.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants: Brown & Grushka, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Jean-Paul Gagnon Appellant;

and

Her Majesty The Queen Respondent.

File No.: 16851.

1984: December 19; 1986: March 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson J.J.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Computation of income — Deductions — Allowances payable on a periodic basis — Monthly payments to former wife to repay charges affecting her property — Whether these payments made pursuant to a judgment deductible — Definition of “allowance” in s. 60(b) of Income Tax Act — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 60(b).

Pursuant to a judgment of divorce, appellant paid his former wife alimony of \$360 a month to repay two hypothecs and the municipal and school taxes affecting her immovable. However, the deductions claimed by appellant for this amount in his 1974, 1975 and 1976 tax returns were disallowed by the Minister of National Revenue. The Federal Court Trial Division allowed the appeal brought by appellant from this decision but the Court of Appeal reversed the judgment. This appeal is to determine whether the amounts paid by appellant to his former wife are deductible under s. 60(b) of the *Income Tax Act*, and in particular, whether these amounts are “allowances” within the meaning of that paragraph.

Held: The appeal should be allowed.

To qualify as an “allowance” within the meaning of s. 60(b) of the *Income Tax Act* a sum of money must meet three conditions: (1) it must be limited and predetermined pursuant to a decree, order or judgment or a written agreement; (2) it must be paid for the maintenance of the recipient; and (3) it must be at the complete disposition of the latter. This third condition, which can be inferred from the case law, does not mean, as indicated in *The Queen v. Pascoe*, [1976] 1 F.C. 372, that the recipient can apply these amounts to certain types of expense at her discretion and without being required to account for them. This condition will be met if the recipient is able to dispose of them completely for

Jean-Paul Gagnon Appellant;

et

Sa Majesté La Reine Intimée.

^a N° du greffe: 16851.

1984: 19 décembre; 1986: 27 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Allocations payables périodiquement — Paiements mensuels versés à l'ex-épouse pour le remboursement des charges affectant son immeuble — Ces paiements faits en vertu d'un jugement sont-ils déductibles? — Définition du terme «allocation» à l'al. 60b) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 60b).

Conformément à un jugement de divorce, l'appelant a versé à son ex-épouse à titre de pension alimentaire une somme de 360 \$ mensuellement pour le remboursement de deux hypothèques ainsi que des charges municipales et scolaires affectant l'immeuble de celle-ci. Les déductions réclamées à ce titre par l'appelant dans ses déclarations d'impôt pour les années 1974, 1975 et 1976 ont toutefois été refusées par le ministre du Revenu national. La Division de première instance de la Cour fédérale a accueilli l'appel interjeté par l'appelant à l'encontre de cette décision mais la Cour d'appel a infirmé le jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer si les sommes versées par l'appelant à son ex-épouse sont déductibles en vertu de l'al. 60b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, plus précisément, si ces sommes constituent des «allocations» au sens de cet alinéa.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

^b Pour se qualifier à titre d'«allocation» au sens de l'al. 60b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une somme d'argent doit remplir trois conditions: (1) elle doit être limitée et déterminée à l'avance en conformité d'un arrêt, d'une ordonnance, d'un jugement ou d'un accord écrit; (2) elle doit être versée pour subvenir aux besoins du bénéficiaire, et (3) elle doit être à l'entière disposition de celui-ci. Cette troisième condition qui s'infère de la jurisprudence ne signifie pas, comme il est dit dans l'arrêt *La Reine c. Pascoe*, [1976] 1 C.F. 372, que le bénéficiaire puisse affecter ces sommes à certains types de dépenses à sa discrétion et sans avoir à en rendre compte. Il suffit pour remplir cette condition que le

her own benefit, regardless of the restrictions imposed as to the way in which she disposes of them and benefits from them.

In the case at bar there is no doubt that the amounts paid by appellant are "allowances" within the meaning of s. 60(b) of the Act. The duty imposed on the former wife to apply these amounts to particular purposes does not affect the benefit she derived from them. These amounts are therefore deductible.

Cases Cited

The Queen v. Pascoe, [1976] 1 F.C. 372, not followed; *Kenneth B.S. Robertson Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1944] Ex. C.R. 170, considered; *Roper v. Minister of National Revenue*, 77 DTC 5408; *The Queen v. Fisch*, 78 DTC 6332; *Attorney General of Canada v. Weaver*, [1976] 1 F.C. 423; *The Queen v. Bryce*, [1982] 2 F.C. 581; *Sura v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 65; *Brown v. Helvering*, 291 U.S. 193 (1934); *Rutkin v. United States*, 343 U.S. 130 (1952); *James v. United States*, 366 U.S. 213 (1961); *The Queen v. Poynton*, 72 DTC 6329; *Minister of National Revenue v. Hastie*, [1974] 1 F.C. 117, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, ss. 56(1)(b), 60(b).
Act to amend the Income Tax Act and related statutes, 1984 (Can.), c. 45, s. 20.

Authors Cited

Dawe, C. "Section 60(b) of the *Income Tax Act*: An Analysis and Some Proposals for Reform" (1979), 5 *Queen's L.J.* 153.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1982] 2 F.C. 255, [1981] CTC 463, 81 DTC 5377, 141 D.L.R. (3d) 575, 47 N.R. 113, setting aside a judgment of the Trial Division, [1981] 1 F.C. 249, [1980] CTC 324, 80 DTC 6256. Appeal allowed.

Claude Blanchard and *Lina Bond*, for the appellant.

Wilfrid Lefebvre, Q.C., and *Jacques Côté*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

bénéficiaire puisse en disposer complètement à son profit, abstraction faite des restrictions qui sont imposées quant à la manière d'en disposer et d'en profiter.

En l'espèce, il ne fait pas de doute que les montants versés par l'appelant constituent des «allocations» au sens de l'al. 60b) de la Loi. L'obligation imposée à l'ex-épouse d'utiliser ces montants à des fins particulières n'affecte en rien le profit qu'elle en a retiré. Ces sommes sont donc déductibles.

Jurisprudence

Arrêt non suivi: *La Reine c. Pascoe*, [1976] 1 C.F. 372; arrêt examiné: *Kenneth B.S. Robertson Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1944] R.C. de l'É. 170; arrêts mentionnés: *Roper v. Minister of National Revenue*, 77 DTC 5408; *The Queen v. Fisch*, 78 DTC 6332; *Procureur général du Canada c. Weaver*, [1976] 1 C.F. 423; *La Reine c. Bryce*, [1982] 2 C.F. 581; *Sura v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 65; *Brown v. Helvering*, 291 U.S. 193 (1934); *Rutkin v. United States*, 343 U.S. 130 (1952); *James v. United States*, 366 U.S. 213 (1961); *The Queen v. Poynton*, 72 DTC 6329; *Ministre du Revenu national c. Hastie*, [1974] 1 C.F. 117.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 56(1)b), 60b).
Loi modifiant la législation relative à l'impôt sur le revenu et d'autres lois connexes, 1984 (Can.), chap. 45, art. 20.

Doctrine citée

Dawe, C. «Section 60(b) of the *Income Tax Act*: An Analysis and Some Proposals for Reform» (1979), 5 *Queen's L.J.* 153.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1982] 2 C.F. 255, [1981] CTC 463, 81 DTC 5377, 141 D.L.R. (3d) 575, 47 N.R. 113, qui a infirmé un jugement de la Division de première instance, [1981] 1 C.F. 249, [1980] CTC 324, 80 DTC 6256. Pourvoi accueilli.

Claude Blanchard et *Lina Bond*, pour l'appellant.

Wilfrid Lefebvre, c.r., et *Jacques Côté*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

BEETZ J.—

I—Facts

The facts are not in dispute. They are summarized as follows by Walsh J., delivering the judgment of the Federal Court Trial Division, *Gagnon v. The Queen*, [1981] 1 F.C. 249, at p. 250:

Plaintiff was married on December 29, 1948, to Mary Edith Laughlin and of the children of the marriage only one is still a minor. On March 29, 1972 the marriage was terminated by a judgment of divorce the pertinent portion of which reads as follows:

[TRADUCTION] C) As alimentary pension for herself and for her children petitioner agrees to pay and respondent accepts

1. A monthly amount payable in advance on the first day of each month at the residence of respondent of \$300.00 Canadian;

2. For the benefit of respondent petitioner will pay the monthly payments due or to become due with respect to the immovable which becomes the property of the respondent, the obligation with respect to the said monthly payments being more fully described in the agreement; the amount of the said monthly payments is at present \$360.00 and can vary as foreseen in the said contract but represents the repayment in capital and interest of two hypothecs described therein as well as the repayment by monthly payments of municipal and school taxes affecting the said immovable, payable the first of each month, directly to respondent commencing June 1, 1971.

In accordance with this judgment plaintiff paid to his former wife alimony of \$8,190 in 1974, \$8,400 in 1975, and \$8,400 in 1976. (The Minister claims documents submitted indicate payments of \$7,690 in 1974 and \$8,500 in 1975. The exact amounts can be verified on reassessment.) He claimed credit for these in his income tax returns for the said years. In his assessments the Minister reduced the deductions claimed to the sum of \$3,600 a year representing the \$300 a month, payable pursuant to Clause C)1 of the aforementioned judgment.

II—Applicable Legislation

The *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended by 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 1, in s. 60(b) allows certain amounts to be deducted in computing a taxpayer's income for a taxation year:

LE JUGE BEETZ—

I—Les faits

Les faits ne sont pas en litige. Voici comment les résume le juge Walsh qui a rendu la décision de la Division de première instance de la Cour fédérale, *Gagnon c. La Reine*, [1981] 1 C.F. 249, à la p. 250:

... le demandeur a épousé le 29 décembre 1948 Mary Edith Laughlin et, des enfants issus du mariage, un seul est encore mineur. Le 29 mars 1972 le mariage a été dissous par jugement de divorce dont voici la portion pertinente à l'espèce:

C) A titre de pension alimentaire, tant pour elle-même que pour les enfants communs, le requérant consent à payer, et l'intimée accepte de recevoir:

1. Un montant mensuel, payable d'avance le 1^{er} jour de chaque mois, à la résidence de l'intimée, fixé à \$300.00 canadiens.

2. A l'acquit de l'intimée, le requérant paiera les mensualités échues, ou à échoir, relativement à l'immeuble qui devient la propriété de l'intimée, l'obligation, relative aux dites mensualités étant plus amplement décrite au contrat; le montant des dites mensualités est actuellement de \$360.00, et peut varier tel que prévu audit contrat, mais représente le remboursement, en capital et intérêts, des deux hypothèques y décrites, ainsi que le remboursement, par mensualités, des charges municipales et scolaires affectées audit immeuble, payables le premier de chaque mois, directement à l'intimée, et ce à partir du 1^{er} juin 1971.

Conformément à ce jugement le demandeur versa à son ex-épouse des aliments s'élevant à \$8,190 en 1974, à \$8,400 en 1975 et à \$8,400 en 1976. (Le Ministre soutient que les pièces justificatives présentées montrent des paiements de \$7,690 en 1974 et de \$8,500 en 1975. On pourra vérifier l'exactitude de ces montants au moment de l'établissement de la nouvelle cotisation.) Il réclama un crédit à ce titre dans ses déclarations d'impôt pour ces années. Dans ses cotisations le Ministre ramena les déductions réclamées à \$3,600 pour chaque année, soit \$300 par mois, payables conformément à la clause C)1 du jugement mentionné auparavant.

II—Les dispositions législatives pertinentes

La *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, telle que modifiée par 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 1, permet, à l'al. 60(b), que certaines sommes soient déduites lors du calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition:

60. There may be deducted in computing a taxpayer's income for a taxation year such of the following amounts as are applicable:

(b) an amount paid by the taxpayer in the year, pursuant to a decree, order or judgment of a competent tribunal or pursuant to a written agreement, as alimony or other allowance payable on a periodic basis for the maintenance of the recipient thereof, children of the marriage, or both the recipient and children of the marriage, if he was living apart from, and was separated pursuant to a divorce, judicial separation or written separation agreement from, his spouse or former spouse to whom he was required to make the payment at the time the payment was made and throughout the remainder of the year;

This provision thus makes the deduction authorized by it subject to four conditions. First, the amount paid by the taxpayer has to be paid pursuant to a decree, order or judgment of a competent tribunal or pursuant to a written agreement. Second, the amount paid has to be paid as alimony or other allowance payable for the maintenance of the recipient, children of the marriage or both the recipient and children of the marriage. Third, the amount has to be paid on a periodic basis. Fourth, at the time the payment was made and throughout the remainder of the year, the taxpayer had to be living apart from, and be separated pursuant to a divorce, judicial separation or written separation agreement from, his spouse or former spouse to whom he was required to make the payment.

The counterpart of the deduction allowed by this provision is to be found in s. 56(1)(b):

56. (1) Without restricting the generality of section 3, there shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year,

(b) any amount received by the taxpayer in the year, pursuant to a decree, order or judgment of a competent tribunal or pursuant to a written agreement, as alimony or other allowance payable on a periodic basis for the maintenance of the recipient thereof, children of the marriage, or both the recipient and children of the marriage, if the recipient was living apart from, and was separated pursuant to a divorce, judicial separation or written separa-

60. Peuvent être déduites lors du calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition les sommes suivantes qui sont approuvées:

b) toute somme payée dans l'année par le contribuable, en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit, à titre de pension alimentaire ou autre allocation payable périodiquement pour subvenir aux besoins du bénéficiaire, des enfants issus du mariage ou à la fois du bénéficiaire et des enfants issus du mariage, si le contribuable vivait séparé, en vertu d'un divorce, d'une séparation judiciaire ou d'un accord écrit de séparation, du conjoint ou de l'ex-conjoint à qui il était tenu de faire le paiement, le jour où le paiement a été effectué et durant le reste de l'année;

Cette disposition assujettit donc à quatre conditions la déduction qu'elle permet. Premièrement, la somme payée par le contribuable doit l'être en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit. Deuxièmement, la somme payée doit l'être à titre de pension alimentaire ou autre allocation payable pour subvenir aux besoins du bénéficiaire, des enfants issus du mariage ou à la fois du bénéficiaire et des enfants issus du mariage. Troisièmement, la somme doit être payée périodiquement. Quatrièmement, le jour où le paiement a été effectué et durant le reste de l'année, le contribuable doit vivre séparé, en vertu d'un divorce, d'une séparation judiciaire ou d'un accord écrit de séparation, du conjoint ou de l'ex-conjoint à qui il était tenu de faire le paiement.

La déduction permise par cette disposition trouve sa contrepartie dans l'al. 56(1)b):

56. (1) Sans restreindre la portée générale de l'article 3, sont à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition,

b) toute somme reçue dans l'année par le contribuable, en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit, à titre de pension alimentaire ou autre allocation payable périodiquement pour subvenir aux besoins du bénéficiaire, des enfants issus du mariage ou à la fois du bénéficiaire et des enfants issus du mariage, si le bénéficiaire vivait séparé en vertu d'un divorce, d'une séparation

tion agreement from, the spouse or former spouse required to make the payment at the time the payment was received and throughout the remainder of the year;

Thus, the amount deductible by the taxpayer under s. 60(b) is taxable in the hands of the recipient under s. 56(1)(b).

The purpose of these provisions, by allowing income splitting between former spouses or separated spouses, is to distribute the tax burden between them. As C. Dawe wrote in an article titled "Section 60(b) of the *Income Tax Act*: An Analysis and Some Proposals for Reform" (1979), 5 *Queen's L.J.* 153:

This allows the spouses greater financial resources than when living together, compensating in part for the lost economics of maintaining a single household.

III—Issue

The issue is whether the payments of \$360 a month made by appellant to his former wife in the taxation years 1974, 1975 and 1976, for the repayment of two hypothecs and municipal and school taxes on the immovable of his former wife, can be deducted from appellant's income under s. 60(b) of the *Income Tax Act*.

Of the four conditions stated in that section, only the second creates any difficulty: were the amounts in question paid "as alimony or other allowance payable . . . for the maintenance of the recipient"?

For the reasons given below, I have concluded that these amounts were paid "as . . . [an] allowance payable . . . for the maintenance of the recipient". It therefore does not seem necessary to discuss the other issue which was also fully argued by the parties, namely: were these amounts paid as alimony?

IV—Trial Division Judgment

Appellant appealed from the Minister's assessments to the Federal Court Trial Division. Walsh J. allowed the appeal on the ground that the

judiciaire ou d'un accord écrit de séparation du conjoint ou de l'ex-conjoint tenu de faire le paiement, à la date où le paiement a été reçu et durant le reste de l'année;

^a Ainsi, la somme déductible pour le contribuable en vertu de l'al. 60b) est imposable pour le bénéficiaire en vertu de l'al. 56(1)b).

^b En permettant aux ex-conjoints ou aux conjoints séparés un fractionnement de leurs revenus (*income splitting*), ces dispositions ont pour but de partager entre eux le fardeau fiscal. Comme l'écrit C. Dawe dans un article intitulé «Section 60(b) of the *Income Tax Act*: An Analysis and Some Proposals for Reform» (1979), 5 *Queen's L.J.* 153:

^c [TRADUCTION] Cela donne aux conjoints de plus grandes ressources financières que s'ils vivaient ensemble, compensant en partie pour l'économie perdue que constitue le fait de maintenir un seul foyer.

III—La question

^e Il faut décider si les paiements de 360 \$ par mois, versés par l'appelant à son ex-épouse durant les années d'imposition 1974, 1975 et 1976 pour le remboursement de deux hypothèques ainsi que des charges municipales et scolaires affectant l'immeuble de son ex-épouse, peuvent être déduits du revenu de l'appelant en vertu de l'al. 60b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

^f Des quatre conditions prescrites par cette disposition, seule la deuxième prête à difficulté: les sommes en question ont-elles été payées à titre de pension alimentaire ou autre allocation payable . . . pour subvenir aux besoins du bénéficiaire?

^g Pour les raisons qui suivent, j'en arrive à la conclusion que ces sommes ont été payées «à titre . . . [d']allocation payable . . . pour subvenir aux besoins du bénéficiaire». Il ne me paraît donc pas nécessaire de m'arrêter à l'autre question que les parties ont aussi pleinement débattue savoir: ces sommes ont-elles été payées à titre de pension alimentaire?

IV—La décision de la Division de première instance

^j L'appelant a interjeté appel des cotisations du Ministre à la Division de première instance de la Cour fédérale. Le juge Walsh a maintenu l'appel

amounts in question were allowances within the meaning of s. 60(b) of the *Income Tax Act*, as defined by Pratte J. of the Federal Court of Appeal in *The Queen v. Pascoe*, [1976] 1 F.C. 372. At pages 252-53, Walsh J. wrote:

The legal issue is one which has frequently been before the Court and unless this case can be distinguished on the facts the decision must go against plaintiff on the basis of the findings of the Court of Appeal in the case of *The Queen v. Pascoe*. In that case the defendant taxpayer had paid certain sums of money to his ex-wife toward educational and medical expenses of their children pursuant to a separation agreement and subsequent decree nisi which payments were disallowed by the Minister on the basis that they were not allowances because they were not fixed amounts payable on a periodic basis. In rendering the judgment of the Court of Appeal Pratte J. stated at page 374:

An allowance is, in our view, a limited predetermined sum of money paid to enable the recipient to provide for certain kinds of expense; its amount is determined in advance and, once paid, it is at the complete disposition of the recipient who is not required to account for it. A payment in satisfaction of an obligation to indemnify or reimburse someone or to defray his or her actual expenses is not an allowance; it is not a sum allowed to the recipient to be applied in his or her discretion to certain kinds of expense.

Walsh J. distinguished the circumstances of the case at bar from those of *Pascoe* and concluded that the amounts involved here were predetermined and at the complete disposition of the recipient, without the latter having to account for them to anyone.

On the first point, which is not in dispute, he properly held that the fact that these amounts were subject to slight variations did not mean that they were not predetermined. At page 256, he wrote:

Certainly in the present case it was intended that the payments were to be used by the former wife to make the monthly payments on the two mortgages and to pay the school and municipal taxes. The fact that they were subject to some slight variations foreseen by the judgment due to variable tax rates does not in my view prevent them from being considered as predetermined sums of money within the meaning of the *Pascoe* case.

au motif que les sommes en question constituent des allocations au sens de l'al. 60b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* telles que définies par le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale dans *La Reine c. Pascoe*, [1976] 1 C.F. 372. Aux pages 252 et 253, le juge Walsh écrit:

Le litige juridique en l'espèce en est un dont la Cour a fréquemment été saisie et, à moins que les faits n'autorisent un *distinguo*, le demandeur ne peut avoir gain de cause vu l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *La Reine c. Pascoe*. Le contribuable défendeur avait dans cette espèce versé certaines sommes à son ex-épouse pour les frais médicaux et de scolarité de leurs enfants conformément à une convention de séparation puis d'un jugement, révocable, de divorce, paiements que rejeta le Ministre parce qu'ils ne constituaient pas des aliments, n'étant pas des versements fixes, payables à intervalles réguliers. En prononçant l'arrêt de la Cour d'appel, le juge Pratte dit, à la page 374:

Selon nous, une allocation est une somme d'argent limitée et déterminée à l'avance, versée afin de permettre à celui qui la reçoit de faire face à certains types de dépenses; sa quotité est établie à l'avance et celui qui la touche en a la libre disposition, sans comptes à rendre à personne. Un versement effectué pour satisfaire à une obligation d'indemniser ou de rembourser quelqu'un ou de le défrayer de dépenses réellement engagées n'est pas une allocation; il ne s'agit pas en effet d'une somme susceptible d'être affectée par celui qui la touche, à sa discrétion, à certains types de dépenses.

Le juge Walsh distingue les circonstances de la présente affaire de celles de l'arrêt *Pascoe* et conclut que les sommes d'argent en l'espèce étaient déterminées à l'avance et que la bénéficiaire en avait la libre disposition, sans comptes à rendre à personne.

Sur le premier point, qui n'est pas contesté, il tient à juste titre que le fait que ces sommes d'argent aient été sujettes à de légères variations ne peut empêcher qu'elles soient considérées comme déterminées à l'avance. Il écrit à la p. 256:

Certainement voulait-on en l'espèce que l'ex-épouse emploie les paiements à acquitter les mensualités des deux hypothèques et des charges scolaires et municipales. Le fait qu'ils aient fait l'objet de légères variations, qu'avait prévues le jugement, en conséquence des taux variables de taxation, n'empêche pas de les considérer comme des montants d'argent préétablis aux termes de l'arrêt *Pascoe*. Toute somme accordée à titre d'aliment

Any amount awarded as alimony can of course be eventually varied if the needs of the recipient or the ability to pay of the donor change with the passage of time. Children come of age and become independent and the ex-wife may secure employment and no longer need as much allowance, or conversely the former husband may suffer financial reverses of [*sic*] diminution in earnings making it impossible for him to continue the payments awarded by the agreement or judgment. These payments can then be varied by order of the Court. The fact that this can take place does not prevent them from being considered as fixed predetermined payments for the taxation years in question during which the payments were made pursuant to the divorce order. The fact that in due course, therefore, one hypothec has been repaid and the other nearly repaid does not affect the situation in the taxation years 1974, 1975 and 1976 which are before the Court but merely gave the former husband the right to have judgment revised so as to free him from these payments or to reduce them to the amount required to cover taxes only. Similarly, as was argued, there was nothing to prevent the wife from selling the house which became her property following the dissolution of the community. In that event also presumably the husband could properly have sought a judgment from the Court to be relieved of the said portion of the alimony payment.

On the second point, he came to the following conclusions, at pp. 257-58:

The fact that in determining the amount of the payment it was necessary to calculate what monthly payments would be required for the mortgage payments and taxes on the property, which it must be emphasized is now solely her property, appears to me to indicate that the sums paid were at her complete disposition even if it were assumed that she would use them to satisfy the obligations which they were designed to cover and thereby relieve the ex-husband of personal claims against him for them.

V—Federal Court of Appeal Judgment

The Federal Court of Appeal judgment was published *sub nom. The Queen v. Gagnon*, [1982] 2 F.C. 255. It was a unanimous judgment reversing the judgment of the Trial Division and disallowing the deductions claimed by the taxpayer on the ground, *inter alia*, that the amounts in question were not allowances within the meaning of s. 60(b) of the *Income Tax Act*, as defined in *Pascoe*, *supra*. At page 257, the judgment cited the definition of “allowance” given in *Pascoe*; it went on:

peut, bien entendu, être éventuellement modifiée en fonction des besoins du créancier alimentaire ou de la capacité de payer du débiteur, lesquels peuvent changer avec le temps. Les enfants finissent par atteindre l’âge de la majorité et par devenir indépendants, l’ex-épouse peut trouver un emploi et n’avoir plus besoin d’une pension aussi considérable ou, à l’inverse, le mari peut subir des revers financiers, ou une diminution de revenu, qui l’empêcheront de continuer les paiements prévus par l’accord ou le jugement. Ils peuvent alors être modifiés par ordonnance judiciaire. Que cela puisse avoir lieu n’interdit pas de les considérer comme fixes et préétablis pour les années d’imposition en cause et durant lesquelles ils ont été faits, en exécution de l’ordonnance de divorce. Le fait qu’à échéance donc l’une des hypothèques ait été remboursée, et l’autre presque, est sans conséquence pour les années d’imposition 1974, 1975 et 1976 en cause devant la Cour et ne donne à l’ex-mari que le droit de demander la révision du jugement pour n’avoir plus à effectuer ces paiements ou pour les faire réduire au montant des charges seulement. De même, comme on l’a soutenu, rien n’empêchait la femme de vendre la maison devenue sienne par la dissolution de la communauté. Dans un tel cas aussi, présument, le mari aurait pu demander que la Cour le libère de ladite portion de l’aliment.

Sur le second point, il arrive aux conclusions suivantes, aux pp. 257 et 258:

Le fait qu’en fixant le montant du paiement il ait fallu calculer les montants nécessaires au paiement des hypothèques et des charges grevant l’immeuble, lequel, il faut le souligner, appartient maintenant à la femme seule, me paraît indiquer que les sommes versées ont été mises à son entière disposition même si on présume qu’elle les emploiera au paiement des obligations qu’elles devaient servir à acquitter, libérant par là l’ex-époux des créances dont il est personnellement débiteur.

^h V—L’arrêt de la Cour d’appel fédérale

L’arrêt de la Cour d’appel fédérale a été publié *sub nom. La Reine c. Gagnon*, [1982] 2 C.F. 255. C’est un arrêt unanime qui infirme la décision de la Division de première instance et rejette les déductions réclamées par le contribuable au motif, entre autres, que les sommes en question n’étaient pas des allocations au sens de l’art. 60(b) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* telles que définies dans l’arrêt *Pascoe*, précité. À la page 257, l’arrêt cite la définition du terme “allocation” donnée dans l’arrêt *Pascoe*, il poursuit:

In the case at bar the Trial Judge held that payment of the sums in question constituted payment of an allowance within the meaning of *Pascoe*, because he was of the view that the sums were at the complete disposition of respondent's former spouse, who was not required to account for them. I cannot share this view. In my opinion respondent's former spouse was entitled to these payments of \$360 only if she paid the sums owing under the deeds of hypothec registered against her property. This was consequently not an allowance within the meaning of *Pascoe*.

Pascoe has been applied and followed, but not without misgivings.

In *Roper v. Minister of National Revenue*, 77 DTC 5408, the appellant was claiming to deduct payments made pursuant to a judgment which ordered him to provide for the maintenance of a temporary residence and for the school fees of his children. Marceau J. referred to *Pascoe*, and wrote at p. 5411:

While it may appear at first sight that the interpretation of the Court of Appeal is somewhat narrow, it is in keeping with the basic principle that, taxation being the rule, an exemption is an exception which must be strictly construed, and, in any case, it is binding upon me. It follows that the only question I am called upon to answer here is simply whether the payments made by the husband-appellant to various creditors as aforesaid qualify as "allowances" in the meaning of the relevant provisions of the Act according to the test laid down by Pratte, J. It is obvious that they do not.

A similar problem arose in *The Queen v. Fisch*, 78 DTC 6332. At page 6335, Collier J. wrote:

The educational costs paid by the defendant in this suit were a limited predetermined sum of money to enable the mother to meet the school fees. The monies paid were channelled and restricted to that particular purpose. But the sum was not at the former wife's complete discretion as to how the money was to be applied by her. It was, in substance, a reimbursement of expenses incurred by the wife in the educating of the children. The payment is not within the *Pascoe* guidelines.

I allow the appeal with some regret. The agreement in question was drawn long before the restrictions on paragraph 60(b) imposed by the *Pascoe* case were known. If the defendant had agreed merely to pay to the wife a

En l'espèce, le premier juge a jugé que le versement des sommes dont il s'agit constituait le paiement d'une allocation au sens de l'arrêt *Pascoe*, parce qu'il a considéré que l'ancienne épouse de l'intimé en avait la libre disposition sans aucune obligation de rendre compte. Je ne puis partager cet avis. A mon sens, l'ancienne épouse de l'intimé n'avait droit à ces versements de \$360 que si elle payait les sommes dues en vertu des actes d'obligations hypothécaires enregistrés contre sa propriété. Il ne s'agissait pas, à cause de cela, d'une allocation au sens de l'arrêt *Pascoe*.

L'arrêt *Pascoe* a été appliqué et suivi, mais non sans réticence.

Dans *Roper v. Minister of National Revenue*, 77 DTC 5408, l'appelant réclamait la déduction de paiements effectués pour donner suite à un jugement lui ordonnant de pourvoir à l'entretien d'un domicile provisoire ainsi qu'aux frais scolaires des enfants. Le juge Marceau réfère à l'arrêt *Pascoe* et il écrit à la p. 5411:

Bien qu'à première vue, cette interprétation de la Cour d'appel puisse paraître étroite, elle est en accord avec le principe fondamental selon lequel l'imposition étant la règle, une exemption est une exception qu'il faut interpréter strictement et, quoi qu'il en soit, je suis lié par cette décision. Il s'ensuit que la seule question qu'il me faut résoudre en l'espèce est de savoir si les paiements que l'époux appelant a faits à divers créanciers comme on l'a dit plus haut peuvent être considérés, selon le critère exposé par le juge Pratte, comme étant des «allocations» au sens des dispositions pertinentes de la Loi. Ce n'est évidemment pas le cas.

Un problème analogue se posait dans *The Queen v. Fisch*, 78 DTC 6332. Voici ce qu'écrit le juge Collier à la p. 6335:

En l'espèce, les dépenses relatives à l'éducation acquittées par le défendeur constituent une somme limitée, déterminée à l'avance en vue de permettre à la mère de payer les frais de scolarité. Les fonds ont été groupés et limités à cette fin particulière, mais l'ex-épouse n'a pas reçu toute latitude pour en disposer. Il s'agit en fait du remboursement des dépenses que la femme a encourues pour l'éducation des enfants. Ce paiement n'entre pas dans le cadre des directives du jugement *Pascoe*.

J'accueille l'appel avec un certain regret. L'acte en question a été dressé longtemps avant que soient connues les restrictions imposées par le jugement *Pascoe* à l'alinéa 60b). Si le défendeur s'était simplement engagé

fixed sum larger than the bi-monthly amount of \$533.34, (based on an arbitrary estimate of education costs), there would have been no tax difficulty. In this case, the evidence shows the defendant's former wife has, sadly, a history of emotional and psychiatric disorders. It was because of fear of financial irresponsibility by her, that the father's desire to see the children properly attended to and educated at the private school, that the educational costs were handled in this special way.

See also *Attorney General of Canada v. Weaver*, [1976] 1 F.C. 423, and *The Queen v. Bryce*, [1982] 2 F.C. 581, at p. 587.

Appellant submitted that the definition of "allowance" in *Pascoe* is unduly limiting and should be revised. I think he is right.

VI—Definition of "allowance"

According to the definition in *Pascoe*, for a sum of money to be regarded as an "allowance" it must meet three conditions: (1) the amount must be limited and predetermined; (2) the amount must be paid to enable the recipient to discharge a certain type of expense; (3) the amount must be at the complete disposition of the recipient, who is not required to account for it to anyone.

The first two conditions may be understood by inference from s. 60(b) of the *Income Tax Act*. The amount must be limited and predetermined in accordance with the judgment, order or written agreement setting it. It must be paid to enable the recipient to discharge a certain type of expense, namely an expense incurred for the maintenance of the recipient.

But what is the reason for the *Pascoe* judgment imposing the third condition, which clearly cannot be inferred from s. 60(b)?

An indication of the solution was given by counsel for the respondent who referred in his factum not to s. 60(b) but to s. 56(1)(b), and argued that a taxpayer — the former wife of appellant in the case at bar — could not be taxed on earnings which were not at her complete disposition, in

à payer à son ex-épouse une somme fixe supérieure au montant bimensuel de \$533.34 (basée sur une estimation arbitraire des dépenses relatives à l'éducation), il n'y aurait eu aucun problème fiscal. En l'espèce, il ressort de la preuve que l'ex-épouse du défendeur a souffert de désordres émotifs et psychiatriques, ce qui est fort triste, d'où la crainte qu'elle fasse preuve d'irresponsabilité en matière financière et aussi le désir du père de voir les enfants élevés et instruits dans une école privée. Cela explique les dispositions particulières prises en matière de dépenses.

Voir également *Procureur général du Canada c. Weaver*, [1976] 1 C.F. 423, et *La Reine c. Bryce*, [1982] 2 C.F. 581 à la p. 587.

L'appelant soutient que la définition du terme «allocation» dans l'arrêt *Pascoe* est indûment restrictive et devrait être révisée. Je pense qu'il a raison.

d VI—La définition du terme «allocation»

Selon la définition de l'arrêt *Pascoe*, il faut, pour que l'on puisse qualifier une somme d'argent d'«allocation», qu'elle satisfasse à trois conditions: (1) la somme doit être limitée et déterminée à l'avance; (2) la somme doit être versée afin de permettre à celui qui la reçoit de faire face à un certain type de dépenses; (3) cette somme doit être à l'entière disposition de celui qui la touche sans qu'il ait de comptes à rendre à personne.

On s'explique les deux premières conditions qui s'infèrent de l'al. 60b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La somme doit être limitée et déterminée à l'avance en conformité de l'arrêt, de l'ordonnance, du jugement ou de l'accord écrit qui la fixe. La somme doit être versée afin de permettre à celui qui la reçoit de faire face à un certain type de dépenses savoir, les dépenses encourues pour subvenir aux besoins du bénéficiaire.

Mais pour quelle raison la définition de l'arrêt *Pascoe* impose-t-elle la troisième condition qui, elle, ne s'infère clairement pas de l'al. 60b)?

C'est le procureur de l'intimée qui nous met sur la piste en référant dans son mémoire, non pas à l'al. 60b) mais à l'al. 56(1)b), et en plaidant qu'un contribuable—en l'occurrence l'ex-épouse de l'appelant—ne saurait être taxé sur des gains dont il n'a l'entière disposition en conformité du jugement

accordance with *Kenneth B.S. Robertson Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1944] Ex. C.R. 170.

It may thus be assumed that by adding this third condition to the definition of an allowance, the Federal Court of Appeal sought to avoid an anomaly which would result from an amount being deductible for the person paying it, pursuant to s. 60(b) of the *Income Tax Act*, and not being taxable to the recipient pursuant to s. 56(1)(b), in view of the rule applied in *Robertson*, to which I will return.

It is important to specify what is meant in requiring that, to be an allowance, an amount must be "at the complete disposition of the recipient".

According to *Pascoe*, this condition means that the recipient must be able to apply this amount to certain types of expense, but at her discretion and without being required to account for it.

However, the condition could also mean that the recipient must be able to dispose of the amount completely, and that, provided she benefits from it, it is not relevant that she has to account for it and that she cannot apply it to certain types of expense at her complete discretion.

It seems to me, with respect, that the second interpretation is the correct one, in light of the earlier decisions which *Pascoe* appears to have misinterpreted.

What matters is not the way in which a taxpayer may dispose of, or be required to dispose of, the amounts he receives, but rather the fact of whether he can dispose of them or not.

In *Robertson, supra*, Thorson P. of the Exchequer Court, had to decide whether certain amounts received on deposit constituted income. At pages 182-83 he wrote:

... the question remains whether all of the amounts received by the appellant during any year were received as income or became such during the year. Did such amounts have, at the time of their receipt, or acquire, during the year of the receipt, the quality of income, to use the phrase of Mr. Justice Brandeis in *Brown v. Helvering* (1934), 291 U.S. 193. In my judgment, the

Kenneth B.S. Robertson Ltd. v. Minister of National Revenue, [1944] R.C. de l'É. 170.

a Il y a donc lieu de penser qu'en ajoutant cette troisième condition à la définition d'une allocation, la Cour d'appel fédérale a voulu éviter une anomalie selon laquelle une somme serait déductible pour celui qui la paie, en vertu de l'al. 60b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, sans être imposable pour le bénéficiaire en vertu de l'al. 56(1)b), vu le critère retenu dans l'affaire *Robertson* sur lequel je reviendrai.

b Il importe de préciser ce que l'on veut dire lorsque l'on exige que, pour constituer une allocation, une somme soit «à l'entière disposition du bénéficiaire».

c Selon l'arrêt *Pascoe*, cette condition signifie que le bénéficiaire doit pouvoir affecter cette somme à certains types de dépenses mais à sa discrétion et sans avoir à en rendre compte.

d Cependant, cette condition peut aussi signifier que le bénéficiaire doit pouvoir disposer complètement de cette somme et que, pour autant qu'il en profite, il n'est pas pertinent qu'il ait à en rendre compte et qu'il ne puisse l'affecter à certains types de dépenses à son entière discrétion.

e Il me paraît, soit dit avec égards, que c'est la deuxième interprétation qui est la bonne, selon la jurisprudence que l'arrêt *Pascoe* semble avoir erronément interprétée.

f Ce qui importe, ce n'est pas la manière dont un contribuable peut disposer ou être obligé de disposer des sommes qu'il reçoit mais bien plutôt le fait qu'il puisse en disposer ou non.

g Dans l'affaire *Robertson*, précité, le juge Thorson, Président de la Cour de l'Échiquier, avait à décider si certains montants reçus en dépôt constituaient un revenu. Aux pages 182 et 183 il écrit:

[TRADUCTION] ... il reste la question de savoir si tous les montants reçus par l'appelante pendant une année ont été reçus à titre de revenus ou le sont devenus au cours de l'année. Ces montants avaient-ils, au moment où ils ont été reçus, ou ont-ils acquis au cours de l'année de réception la qualité de revenus, pour utiliser l'expression du juge Brandeis dans *Brown v. Helvering* (1934),

language used by him, to which I have already referred, lays down an important test as to whether an amount received by a taxpayer has the quality of income. Is his right to it absolute and under no restriction, contractual or otherwise, as to its disposition, use or enjoyment?

The Federal Court of Appeal apparently found in *Robertson* the third aspect of what in its opinion constitutes an allowance; but if that is so, I consider that it misinterpreted the judgment in that case. What Thorson P. meant by "restriction" in the rule which he adopted was not a restriction as to the way in which an amount is disposed of, but a restriction as to the very right to dispose of it, a restriction which has the result that a taxpayer derives no benefit from it at all. This is indicated by what he wrote at p. 183:

To put it in another way, can an amount in a taxpayer's hands be regarded as an item of profit or gain from his business, as long as he holds it subject to specific and unfulfilled conditions and his right to retain it and apply it to his own use has not yet accrued, and may never accrue?

(Emphasis added.)

See also *Sura v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 65.

In *Brown v. Helvering*, 291 U.S. 193 (1934), Brandeis J. had to decide whether commissions, which were potentially subject to partial reimbursement if insurance policies were cancelled, constituted income for the agent in the year in which he received them. At page 199 he wrote:

But the mere fact that some portion of it might have to be refunded in some future year in the event of cancellation or reinsurance did not affect its quality as income. Compare *American National Co. v. United States*, 274 U.S. 99. When received, the general agent's right to it was absolute. It was under no restriction, contractual or otherwise, as to its disposition, use or enjoyment.

Here again, in view of the facts in *Brown v. Helvering*, it seems clear that in formulating a rule to determine what is in the nature of income,

291 U.S. 193? À mon avis, l'expression qu'il a utilisée et que j'ai déjà mentionnée, établit un critère important pour déterminer si le montant reçu par un contribuable a la qualité de revenu. Son droit au paiement, d'en faire usage ou d'en jouir est-il absolu, libre de toute restriction contractuelle ou autre quant à sa disposition, son usage ou sa jouissance?

C'est dans l'affaire *Robertson*, apparemment, que la Cour d'appel fédérale a trouvé le troisième élément de ce qui, selon elle, constitue une allocation. Mais, si tel est le cas, je suis d'avis qu'elle interprète erronément le jugement rendu dans cette affaire-là. Ce que le juge Thorson entend par «restriction» dans le critère qu'il adopte, ce n'est pas une restriction quant à la manière de disposer d'une somme, mais une restriction quant au droit même d'en disposer, restriction d'où il résulte que le contribuable n'en tire aucun bénéfice. Ce qu'il écrit à la p. 183 le démontre:

[TRADUCTION] Autrement dit, est-il possible de considérer une somme confiée à un contribuable comme un bénéfice ou un gain tiré de son entreprise durant toute la période où il garde cette somme sous réserve de conditions précises et non remplies et où le droit de la garder et d'en faire usage ne lui est pas encore dévolu et peut ne jamais lui être dévolu?

(C'est moi qui souligne.)

Voir également *Sura v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 65.

Dans *Brown v. Helvering*, 291 U.S. 193 (1934), le juge Brandeis avait à décider si des commissions, potentiellement sujettes à des remboursements partiels advenant l'annulation de polices d'assurance, constituaient un revenu pour le courtier dans l'année durant laquelle il les avait reçues. À la p. 199 il écrit:

[TRADUCTION] Toutefois, le simple fait qu'une certaine partie de celle-ci puisse devoir être remboursée ultérieurement dans le cas d'une annulation ou d'une nouvelle assurance n'a pas eu d'effet sur sa qualité de revenu. Comparer avec l'arrêt *American National Co. v. United States*, 274 U.S. 99. Au moment où l'agent général l'a reçue, le droit qu'il détenait à son égard était absolu. Il pouvait en disposer, en faire usage ou en jouir de façon absolue, sans aucune restriction contractuelle ou autre.

Ici encore, compte tenu des faits de l'affaire *Brown v. Helvering*, il semble bien qu'en élaborant un critère permettant de déterminer ce qui est de

Brandeis J. referred to restrictions on the very right to dispose of an amount, not to restrictions on the way in which it is used.

What confirms my view is the restatement of this rule in *Rutkin v. United States*, 343 U.S. 130 (1952), affirmed in *James v. United States*, 366 U.S. 213 (1961), in which Warren C.J., at p. 219, cites the restatement in *Rutkin*, at p. 137:

A gain “constitutes taxable income when its recipient has such control over it that, as a practical matter, he derives readily realizable economic value from it.”

This restatement of the rule for determining what constitutes taxable income emphasizes the benefit the taxpayer derives from income, whatever the way in which it is derived.

In *The Queen v. Poynton*, 72 DTC 6329, Evans J.A., rendering the unanimous judgment of the Ontario Court of Appeal, specifically adopted the *ratio* in *James*, and at p. 6335 suggested additional guidelines for determining whether an amount received by a taxpayer is in the nature of income:

... the manner of receipt, the control over it, the liabilities and restrictions attaching to it, the use made of it by the holder, the person to whom the benefits accrue. These are but some of the circumstances to be weighed.

Seen in this context, the third condition imposed by *Pascoe* must be corrected: for an amount to be an allowance within the meaning of s. 60(b) of the *Income Tax Act*, the recipient must be able to dispose of it completely for his own benefit, regardless of the restrictions imposed on him as to the way in which he disposes of it and benefits from it.

To return to the circumstances of the case at bar, there is no doubt that the recipient of the amounts in question, appellant’s former wife, could dispose of them completely, and that she derived from them what Burton J. called in *Rutkin*, at p. 137, a “readily realizable economic value”. The duty which she had to apply these amounts to particular purposes does not affect the benefit she

la nature d’un revenu, le juge Brandeis réfère à des restrictions au droit même de disposer d’une somme, et non pas à des restrictions sur la manière d’en jouir.

^a Ce qui me confirme dans cette opinion, c’est la reformulation de ce critère dans *Rutkin v. United States*, 343 U.S. 130 (1952), confirmée dans *James v. United States*, 366 U.S. 213 (1961), où le juge en chef Warren, à la p. 219, cite la reformulation de l’arrêt *Rutkin*, à la p. 137:

^b [TRADUCTION] Un gain «constitue un revenu imposable lorsque celui qui le reçoit a un tel contrôle sur celui-ci que, en pratique, il en retire immédiatement une valeur économique facilement réalisable».

Cette reformulation du critère permettant de déterminer ce qui constitue un revenu imposable met l’accent sur le bénéfice que le contribuable retire d’un gain, quelle que soit la manière dont il le retire.

Dans *The Queen v. Poynton*, 72 DTC 6329, le juge Evans qui rend le jugement unanime de la Cour d’appel de l’Ontario adopte spécifiquement ^e la *ratio* de l’arrêt *James* et, à la p. 6335, suggère des critères additionnels permettant de déterminer si une somme reçue par un contribuable est de la nature d’un revenu:

^f [TRADUCTION] ... la manière dont elle est reçue, le contrôle sur celle-ci, les obligations et les restrictions qui s’y rattachent, l’usage qu’en fait le détenteur, la personne qui retire les bénéfices. Voilà certaines des circonstances dont on doit tenir compte.

^g Vue dans ce contexte, la troisième condition imposée par l’arrêt *Pascoe* doit être corrigée: pour qu’une somme constitue une allocation, au sens de l’al. 60b) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, il faut que le bénéficiaire puisse en disposer complètement à son profit, abstraction faite des restrictions qui lui sont imposées quant à la manière d’en disposer et d’en profiter.

ⁱ Pour revenir aux circonstances de l’espèce, il ne fait pas de doute que la récipiendaire des sommes en question, l’ex-épouse de l’appelant, pouvait en disposer complètement et qu’elle en retirait ce que le juge Burton appelle, dans l’arrêt *Rutkin*, à la p. 137, une [TRADUCTION] «valeur économique facilement réalisable». L’obligation où elle se trouvait d’affecter ces sommes à des fins particulières n’af-

derived from them. These amounts are in the nature of income for her, and qualify as "allowances" within the meaning of both ss. 60(b) and 56(1)(b) of the *Income Tax Act*.

This conclusion has the advantage of avoiding the artificial distinction referred to by Collier J. in *Fisch*, at p. 6335:

If the defendant had agreed merely to pay to the wife a fixed sum larger than the bi-monthly amount . . . there would have been no tax difficulty.

Respondent objected that the amounts in question, or at least a part of them, are not allowances since, in paying them, appellant was discharging a personal obligation which he had undertaken toward the hypothecary creditor. In my opinion, this does not in any way alter the fact that the amounts were also paid pursuant to a divorce decree, as required by s. 60(b). In another case, *Minister of National Revenue v. Hastie*, [1974] 1 F.C. 117, Walsh J. refuted the same objection, at pp. 128-29, when he wrote that the repayment of this personal debt was:

. . . strictly incidental to the fact that by making these payments . . . he was maintaining a home for his wife and children commensurate with their standard of living.

VII—Amendment of *Income Tax Act*

Before concluding, it should be noted that after this appeal was heard by this Court the *Income Tax Act* was amended by 1984 (Can.), c. 45, s. 20. As a result of these amendments, amounts like the ones at issue in the case at bar are, on certain conditions and up to certain maximum figures, deemed to be paid and received as allowances payable on a periodic basis.

VIII—Conclusions

The appeal is allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal is set aside and the judgment of the Federal Court Trial Division is restored, with costs in all courts.

Appeal allowed with costs.

fecte pas le profit qu'elle en retirait. Ces sommes sont pour elle de la nature d'un revenu et se qualifient comme «allocations» tant au sens de l'al. 60b) que de l'al. 56(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Cette conclusion comporte l'avantage d'éviter la distinction artificielle à laquelle le juge Collier fait allusion dans *Fisch*, à la p. 6335:

Si le défendeur s'était simplement engagé à payer à son ex-épouse une somme fixe supérieure au montant bimensuel . . . il n'y aurait eu aucun problème fiscal.

L'intimée objecte que les sommes en question, ou du moins une partie d'entre elles, ne constituent pas des allocations puisqu'en les payant, l'appelant s'acquittait d'une obligation personnelle qu'il avait contractée envers le créancier hypothécaire. Cette circonstance, à mon avis, ne change rien au fait que ces sommes étaient également payées en vertu d'un jugement de divorce, comme le prévoit l'al. 60b). Dans une autre affaire, *Ministre du Revenu national c. Hastie*, [1974] 1 C.F. 117, le juge Walsh réfute la même objection, aux pp. 128 et 129, lorsqu'il écrit que le remboursement de cette dette personnelle était:

. . . tout à fait accessoire au fait qu'en effectuant ces versements . . . il entretenait un domicile conforme au niveau de vie de sa femme et de ses enfants.

VII—Modification de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

Avant de conclure, il y a lieu de noter qu'après l'audition de ce pourvoi par cette Cour, la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été modifiée par 1984 (Can.), chap. 45, art. 20. Selon ces modifications, des sommes comme celles dont il est question en l'espèce sont, à certaines conditions et jusqu'à concurrence de certains montants, réputées être payées et reçues à titre d'allocations payables périodiquement.

i VIII—Conclusions

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale est infirmé et la décision de la Division de première instance de la Cour fédérale est rétablie, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

*Solicitors for the appellant: Sirois, Blanchard,
Beaudet, Watters & Lamontagne, Québec.*

*Solicitor for the respondent: Roger Tassé,
Ottawa.*

*Procureurs de l'appelant: Sirois, Blanchard,
Beaudet, Watters & Lamontagne, Québec.*

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Jean Valois *Respondent*.

File No.: 17788.

1985: May 23; 1986: March 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE QUEBEC COURT OF APPEAL

Criminal law — Forgery and similar offences — Uttering forged document — Charges not proven — Fictitious bills for fees not used as genuine documents — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 324(1), 326.

Ciment Québec Inc. obtained from the Provincial Bank the financing needed to carry on its operation. To thank a Mr. Doyon, the Bank employee who handled the matter, the president of the company decided to pay him \$3,000 annually for three years. The payments were made through respondent, a lawyer and son-in-law of Doyon, who made up fictitious bills for fees to the company. Respondent cashed the cheques issued by the company, deducted a certain amount for income tax purposes and handed the remainder of the money over to his father-in-law. Respondent was charged with fraud, conspiracy to commit fraud, forgery and uttering forged documents and was acquitted on all the charges by a judge of the Court of Sessions of the Peace. The appeal by the Crown on the three counts of uttering forged documents was dismissed.

Held: The appeal should be dismissed.

Even assuming the bills prepared by respondent are forged documents within the meaning of s. 326 of the *Criminal Code*, respondent did nothing beyond preparing or conspiring to utter them. Nothing in the evidence showed that he uttered or dealt with the fictitious bills as genuine documents. Acts in preparation for uttering do not constitute acts of uttering.

Cases Cited

R. v. Keshane (1974), 20 C.C.C. (2d) 542; *R. v. Paquette*, [1979] 2 S.C.R. 168, reversing (1977), 42 C.C.C. (2d) 57 (Que. C.A.), referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 324(1), 326.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Jean Valois *Intimé*.

^a N° du greffe: 17788.

1985: 23 mai; 1986: 27 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

^b EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Faux et infractions similaires — Emploi d'un document contrefait — Infractions non prouvées — Comptes d'honoraires fictifs non utilisés comme documents authentiques — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 324(1), 326.

La compagnie Ciment Québec Inc. a obtenu de la Banque provinciale le financement nécessaire à la poursuite de ses opérations. Pour remercier un dénommé Doyon, l'employé de la banque qui s'est occupé du dossier, le président de la compagnie a décidé de lui verser une somme de 3 000 \$ annuellement pendant trois ans. Les paiements ont été effectués par l'intermédiaire de l'intimé, avocat et gendre de Doyon, qui préparait des comptes d'honoraires fictifs adressés à la compagnie. L'intimé encaissait les chèques émis par la compagnie, déduisait un montant pour fins d'impôt et remettait le reste de l'argent à son beau-père. Accusé de fraude, complot pour fraude, commission de faux et emploi de documents contrefaits, l'intimé a été acquitté de toutes les accusations par un juge de la Cour des sessions de la paix. L'appel du ministère public relatif seulement aux trois chefs d'accusation d'emploi de documents contrefaits a été rejeté.

^g *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Même en tenant pour acquis que les factures préparées par l'intimé sont des documents contrefaits au sens de l'art. 326 du *Code criminel*, l'intimé n'est pas allé au delà d'une préparation ou d'un complot pour emploi. Rien dans la preuve n'indique qu'il se soit servi ou qu'il ait utilisé les comptes d'honoraires fictifs comme des documents authentiques. Des faits préparatoires à l'utilisation ne constituent pas des gestes d'utilisation.

ⁱ Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. v. Keshane* (1974), 20 C.C.C. (2d) 542; *R. c. Paquette*, [1979] 2 R.C.S. 168, infirmant (1977), 42 C.C.C. (2d) 57 (C.A. Qué.)

^j Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 324(1), 326.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1983), 35 C.R. (3d) 166, affirming the acquittal by Lanctôt J. of the Court of Sessions of the Peace¹ on three counts of uttering forged documents. Appeal dismissed.

Claude Haccoun, for the appellant.

Jean-Claude Hébert and *Sophie Bourque*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—Jean Valois was charged in Quebec City with a total of twelve counts, namely, conspiracy to commit fraud, fraud, forgery and uttering forged documents on the basis of the facts related below. He was acquitted of all these charges by Lanctôt J. of the Court of Sessions of the Peace. The Crown appealed the acquittal on only three of the counts, the three counts of uttering forged documents. Though these three counts referred to three transactions which occurred on different dates, the charges were essentially the same, namely

[TRANSLATION] ... knowing that a document was forged, namely a bill for \$3,000 ... addressed to Ciment Québec Inc., did unlawfully use it as if it were genuine, thereby committing an indictable offence under s. 326(1)(a) of the Criminal Code.

The appeal was unanimously dismissed by the Quebec Court of Appeal (1983), 35 C.R. (3d) 166, and the Crown is now appealing to this Court with leave. I would dismiss this appeal.

Facts

Bisson J.A., writing the reasons of the Court of Appeal, summarized the facts as follows at pp. 168-69:

[TRANSLATION] Ciment Québec Inc. experienced financial difficulties between 1965 and 1969 as a result of the lack of working capital of one of its subsidiaries.

¹ C.S.P. (District of Québec), No. 200-01-1145-81, January 29, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1983), 35 C.R. (3d) 166, qui a confirmé l'acquittement prononcé par le juge Lanctôt de la Cour des sessions de la paix¹ relativement à trois chefs d'accusation d'emploi de documents contrefaits. Pourvoi rejeté.

Claude Haccoun, pour l'appelante.

Jean-Claude Hébert et *Sophie Bourque*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Jean Valois a été accusé à Québec de douze chefs de complot pour fraude, fraude, commission de faux et emploi de documents contrefaits suite aux faits ci-après relatés. Il fut acquitté de toutes ces accusations par le juge Lanctôt de la Cour des sessions de la paix. La Couronne s'est pourvue en appel de l'acquittement relativement à seulement trois de ces chefs d'accusation, savoir, les trois chefs d'emploi de documents contrefaits. Ces trois chefs bien que référant à trois transactions ayant eu lieu à des dates différentes, reprochent essentiellement la même chose savoir que,

... sachant qu'un document est contrefait, à savoir, une facture de \$3,000 ... adressée à Ciment Québec Inc., s'en est illégalement servi comme si elle était authentique, commettant ainsi un acte criminel prévu à l'article 326(1)(a) du Code Criminel.

L'appel fut rejeté à l'unanimité par la Cour d'appel du Québec (1983), 35 C.R. (3d) 166 et la Couronne, avec notre autorisation, se pourvoit maintenant devant cette Cour. Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

Les faits

Le juge Bisson, rédigeant les motifs pour la Cour d'appel, les résume comme suit aux pp. 168 et 169:

Ciment Québec Inc., connu des difficultés financières entre 1965 et 1969 en raison du manque de fonds de roulement de l'une de ses filiales.

¹ C.S.P. (District de Québec), n° 200-01-1145-81, 29 janvier 1982.

Ciment Québec Inc. was dealing with the Provincial Bank, and Grégoire Doyon was one of the latter's managers.

Grégoire Doyon took an interest in their file and obtained financing from his bank which put Ciment Québec back on its feet.

Gustave Papillon, the president, directing mind and holder of the vast majority of shares in Ciment Québec Inc., appreciated Doyon's help and decided to reward him by paying him \$3,000 a year for three years.

However, it was preferable not to make the payments directly to Doyon by Ciment Québec, and it was agreed that they would be made through the respondent, a young lawyer admitted to the Bar in November 1975, and the son-in-law of Doyon, who made up fictitious bills for fees to Ciment Québec.

Thus, \$3,000 was paid in each of the years 1975, 1976 and 1977.

As respondent had to pay tax on this income, after cashing the cheques he kept part to cover the additional tax he would have to pay and handed the remainder over to his father-in-law.

Grégoire Doyon of course received less than \$9,000 as a result of these deductions, a fact to which, noted the judge, no one raised any objection.

The judge made another observation. The payments made to Grégoire Doyon were legitimate and caused no prejudice to Ciment Québec. In addition, the three participants were aware of the purpose of the lawyer's bills, and therefore no one was misled into believing that they were genuine documents.

Sections 324(1) and 326(1) of the *Criminal Code* are the applicable provisions in the case at bar:

324. (1) Every one commits forgery who makes a false document, knowing it to be false, with intent

(a) that it should in any way be used or acted upon as genuine, to the prejudice of any one whether within Canada or not, or

(b) that some person should be induced, by the belief that it is genuine, to do or to refrain from doing anything, whether within Canada or not.

326. (1) Every one who, knowing that a document is forged,

(a) uses, deals with, or acts upon it, or

(b) causes or attempts to cause any person to use, deal with, or act upon it,

Ciment Québec Inc. faisait affaires avec la Banque provinciale dont l'un des cadres était Grégoire Doyon.

Grégoire Doyon s'intéressa au dossier et fit accepter par sa banque un financement qui eut pour effet de remettre sur pied Ciment Québec.

Gustave Papillon, président, âme dirigeante et détenant la très grande majorité des actions de Ciment Québec Inc., reconnaissant envers Doyon, décida de le récompenser et de lui verser \$3,000 par année pendant trois ans.

Toutefois, il était préférable que les paiements ne soient pas faits directement par Ciment Québec à Doyon et on convint de passer par l'intermédiaire de l'intimé, jeune avocat admis au Barreau en novembre 1975 et gendre de Doyon, qui prépara des comptes d'honoraires fictifs à Ciment Québec.

De cette façon, \$3,000 furent payés chacune des années 1975, 1976 et 1977.

Comme ce revenu était imposable pour l'intimé, après avoir encaissé les chèques, il en gardait une partie pour le surplus d'impôt que ça lui occasionnait et remettait le reste à son beau-père.

Quant à Grégoire Doyon, il a reçu évidemment moins que \$9,000 en raison de ces retenues au sujet desquelles personne ne s'est plaint, note le juge.

Le juge fit une autre constatation. Les paiements faits à Grégoire Doyon furent légitimes et n'ont causé aucun préjudice à Ciment Québec. En outre, les trois participants étaient au courant de l'objet des comptes d'avocat et, en conséquence, personne n'a été induit erronément à croire qu'il s'agissait de documents authentiques.

En l'espèce les par. 324(1) et 326(1) du *Code criminel* sont les textes d'incrimination pertinents:

324. (1) Commet un faux, quiconque fait un faux document le sachant faux, avec l'intention

a) qu'il soit employé ou qu'on y donne suite, de quelque façon, comme authentique, au préjudice de quelqu'un, soit au Canada, soit ailleurs, ou

b) d'engager quelqu'un, en lui faisant croire que ce document est authentique, à faire ou à s'abstenir de faire quelque chose, soit au Canada, soit ailleurs.

326. (1) Quiconque, sachant qu'un document est contrefait,

a) s'en sert, le traite, ou agit à son égard, ou

b) détermine ou tente de déterminer une personne à s'en servir, à le traiter ou à y donner suite,

as if the document were genuine, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

Judgments

The judgment of the Court of Appeal dealt primarily with the question of whether, to be a forgery within the meaning of s. 326 of the *Code*, a document must meet the substantive requirements of s. 324(1) of the *Code*, or whether it need only be a false document in the literal meaning of the word. The essence of the Court of Appeal's judgment is to be found in the following passage from the reasons of Bisson J.A., at p. 172:

[TRANSLATION] Appellant wanted us to interpret s. 326 as if it simply read "false document" rather than "forged document".

I cannot agree with appellant's proposition that simply because a document is false it constitutes a forged document within the meaning of s. 326.

For the bills to be regarded as forged documents within the meaning of s. 326, the evidence must establish all the essential components of s. 324.

Thus, although these were *false documents* which respondent *knew* to be false, and which he intended to be acted upon as genuine, there was no proof of an *intention to cause prejudice*.

In the case at bar, since one of the essential components, namely the "forged" document as defined in s. 324 was absent, respondent was properly acquitted.

At trial Lanctôt J., after reviewing *R. v. Keshane* (1974), 20 C.C.C. (2d) 542 (Sask. C.A.) and *R. v. Paquette* (1977), 42 C.C.C. (2d) 57 (Que. C.A.), rev'd [1979] 2 S.C.R. 168, regarding the connection between ss. 324 and 326, said:

[TRANSLATION] Despite the interest aroused by these two judgments, it is of very little importance in the case at bar that the false bill has to be regarded as a false document in the dictionary sense. We in fact know that it was not made to cause prejudice. It was a false document nevertheless, and the accused was charged with using it as if it were genuine.

But what was the ultimate use of it?

It is more realistic to think that this false bill was never used as if it were genuine. On the contrary, it was

comme si le document était authentique, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans.

Les jugements

Le jugement en Cour d'appel a porté principalement sur la question de savoir si un document doit, pour être contrefait au sens de l'art. 326, satisfaire aux conditions de fond du par. 324(1) du *Code* ou s'il suffit qu'il soit un document faux au sens littéral du mot. L'essentiel de la décision de la Cour d'appel se retrouve dans le passage suivant des motifs du juge Bisson, à la p. 172:

Ce que l'appelante voudrait c'est de nous faire interpréter l'art. 326 comme si étaient simplement écrits les mots «faux document» plutôt que «document contrefait».

Je ne peux être d'accord avec la proposition de l'appelante qu'il suffit pour qu'un document soit contrefait au sens de l'art. 326 qu'il soit un faux document.

Pour que les comptes puissent être considérés comme des documents contrefaits au sens de l'art. 326, il fallait que la preuve révélât tous et chacun des éléments essentiels de l'art. 324.

Or, si nous sommes en présence de *faux documents* que l'intimé *savait* faux et qu'il avait l'intention qu'on y donne suite comme authentiques, est par ailleurs absente la preuve de *l'intention du préjudice*.

En l'espèce, manquant un des éléments essentiels, soit le document contrefait ('forged') tel que défini à l'art. 324, c'est à juste titre que l'intimé fut déclaré non coupable.

En première instance, le juge Lanctôt, après avoir analysé les arrêts *R. v. Keshane* (1974), 20 C.C.C. (2d) 542 (C.A. Sask.) et *R. v. Paquette* (1977), 42 C.C.C. (2d) 57 (C.A. Qué.), infirmé [1979] 2 R.C.S. 168, portant sur la connexité entre les art. 324 et 326, disait:

Malgré l'intérêt suscité par ces deux décisions, il importe peu, dans l'espèce soumise, que la fausse facture doive être vue sous l'éclairage d'un faux document au sens du dictionnaire. Nous savons déjà qu'il n'a pas été fabriqué pour causer préjudice. Il n'en reste pas moins que c'est un faux document, et qu'on reproche à l'accusé de s'en être servi comme s'il était authentique.

Mais est-ce bien l'usage qu'on en a fait?

Il est plus vraisemblable de penser qu'on n'a jamais utilisé ce faux compte comme s'il était authentique. Au

used as if it were false. The three parties principally involved in the matter deliberately decided to have it prepared and used it as if it were false, not as if it were genuine. In this regard CIMENT QUEBEC, a body corporate, acted through its representative Papillon.

Even if by some stretch of the imagination it were to be regarded as having been used as genuine, the fact remains that no one was injured by the deception. Using a forgery as if it were an original assumes someone on whom the deception is to be practised. There has to be a target. Who were the targets in this case? — the banking authorities? — hardly, since with respect to them the use of the false bill was latent. There was no evidence that they ever saw the bill. The false bill was never seen by the Revenue Department either, though the latter benefited from it.

While it is true that there is nothing in s. 326 which expressly states that use of a false document must cause prejudice to someone, the fact remains that someone, even if not prejudiced, must be a witness to the deception, and it would be an absurdity for such a witness to be one of the perpetrators of the forgery.

For all these reasons, the Court finds that the accused did not make use of the forgery, and he should be acquitted on all the counts relating to this charge.

In my view Lanctôt J. was correct. Though in different terms, he based his decision to acquit Valois on the counts of uttering forged documents on the fact that, if indeed the bills were forged within the meaning of s. 326, the accused did nothing beyond preparing or conspiring to utter them, and that there was nothing in the evidence to show that he began uttering them or that he dealt with or acted upon them as genuine documents in relation to anyone else.

Indeed, the making of forged documents by Valois (assuming for purposes of argument that these documents were in fact forged), the fact of putting Mr. Papillon of Ciment Québec into possession, the cashing and giving the money by the accused to his father-in-law in the manner indicated, certainly all constitute substantive components of a conspiracy to utter forged documents and to commit the offences on which the other charges against the accused were based. However, in relation to the crime of uttering or attempted uttering, these were only acts in preparation for

contraire, on s'en est servi comme d'un faux. Les trois protagonistes de toute l'affaire ont délibérément décidé de contribuer à sa fabrication et s'en sont servis comme faux et non comme authentique. Dans cette veine, CIMENT QUEBEC, personne morale, vit par son représentant Papillon.

Et même si, par quelque contorsion intellectuelle, il fallait tenir qu'il a été utilisé comme authentique, il reste que personne n'a été berné par le truc. Se servir d'un faux comme d'un original suppose un destinataire du subterfuge. Il faut un interlocuteur. Or quels sont les interlocuteurs en l'occurrence! Les autorités bancaires? Qu'à cela ne tienne, à leur égard, l'usage du faux est latent. Il n'est pas en preuve qu'elles aient vu ce compte. Le ministère de l'impôt, non plus, n'a pas vu ce faux compte même s'il en a profité.

S'il est vrai que l'article 326 ne contient rien qui édicte expressément que l'utilisation d'un faux document doit causer préjudice à quelqu'un, il n'en reste pas moins qu'une personne, même non préjudiciée, doit être témoin de la supercherie, et alors, il serait absurde que ce témoin puisse être l'un des auteurs du faux.

Pour toutes ces raisons, la Cour en vient à la conclusion que l'accusé n'a pas fait usage de faux, et il doit être acquitté de tous les chefs relatifs à cette accusation.

À mon avis le juge Lanctôt a raison. Il a, quoique en termes différents, fondé sa décision d'acquitter Valois des chefs d'emploi de documents contrefaits sur le fait que, si tant est que les factures aient été contrefaites au sens de l'art. 326, l'accusé n'est point allé au delà d'une préparation ou d'un complot pour emploi, et que rien dans la preuve ne révèle qu'il ait commencé à s'en servir ou qu'il les ait traitées ou agi à leur égard auprès de qui que ce soit comme de documents authentiques.

En effet, la fabrication par Valois de documents contrefaits (présumons pour fins de discussion qu'il s'agit effectivement de documents contrefaits), le fait d'en remettre la possession à M. Papillon de Ciment Québec, l'encaissement et la remise de l'argent par l'accusé à son beau-père de la façon que l'on sait constituent certainement tous des éléments matériels d'un complot pour emploi de documents contrefaits et pour commettre les infractions ayant donné naissance aux autres chefs d'accusation qui pesaient contre l'accusé. Mais ce ne sont, en regard du crime d'emploi ou de tenta-

uttering, and in no way constitute acts of uttering or even incipient uttering. The accused, his father-in-law and Papillon set up all that was necessary to use these fictitious bills for fees as if they were genuine, if and when that proved to be necessary. They did not have to do so; at least, the evidence did not establish that they did. The acquittal by Lanctôt J. is therefore correct and the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Claude Haccoun, Montréal.

Solicitor for the respondent: Jean-Claude Hébert, Montréal.

tive d'emploi, que des faits préparatoires à l'utilisation et ne constituent point des gestes d'utilisation ou encore le commencement d'une telle utilisation. L'accusé, son beau-père et Papillon ont mis en place tout ce qu'il fallait pour, si et lorsque cela s'avérait nécessaire, utiliser ces comptes d'honoraires fictifs comme s'ils étaient authentiques. Ils n'ont pas eu à le faire, du moins la preuve ne le révèle pas. L'acquiescement prononcé par le juge Lanctôt est donc bien fondé et le pourvoi doit être rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Claude Haccoun, Montréal.

Procureur de l'intimé: Jean-Claude Hébert, Montréal.

Rose Derrickson *Appellant*;

and

William Joseph Derrickson *Respondent*;

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of British Columbia and the
Attorney General for Ontario** *Interveners.*

File No.: 18712.

1985: November 6, 7; 1986: March 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard,
Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Indians and lands reserved for
Indians — Provincial legislation dealing with the divi-
sion of family assets not applicable to Indian reserved
lands — Right of ownership or possession of lands on
an Indian reserve within federal exclusive jurisdiction
— Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Family Rela-
tions Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 43 to 55 — Indian
Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 18, 20, 24.*

*Indians — Reserved lands — Division of matrimonial
property following divorce — Conflict between federal
Indian Act and provincial legislation dealing with the
division of family assets — Provincial legislation not
applicable to Indian reserved lands — Family Rela-
tions Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 43 to 55 — Indian
Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.*

*Family law — Division of matrimonial property fol-
lowing divorce — Application under provincial legisla-
tion for declaration of interest in Indian lands —
Provincial legislation not applicable to Indian reserved
lands — Compensation in lieu of division of property
awarded — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c.
121, ss. 43 to 55 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss.
18, 20, 24, 88.*

The parties, husband and wife, are members of an
Indian Band located in British Columbia. The appellant
brought a petition for divorce and made an application
under Part 3 of the *Family Relations Act* for one-half of
the interest in the properties for which her husband held
Certificates of Possession issued pursuant to s. 20 of the
Indian Act, or for compensation in lieu of division. The

Rose Derrickson *Appelante*;

et

William Joseph Derrickson *Intimé*;

et

**Le procureur général du Canada, le procureur
général de la Colombie-Britannique et le
procureur général de l'Ontario** *Intervenants.*

N° du greffe: 18712.

1985: 6, 7 novembre; 1986: 27 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain et La Forest.

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

*Droit constitutionnel — Indiens et terres réservées
aux Indiens — Législation provinciale concernant le
partage des biens familiaux inapplicable aux terres
réservées aux Indiens — Compétence fédérale exclusive
sur le droit de propriété ou de possession des terres
d'une réserve indienne — Loi constitutionnelle de 1867,
art. 91(24) — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979,
chap. 121, art. 43 à 55 — Loi sur les Indiens, S.R.C.
1970, chap. I-6, art. 18, 20, 24.*

*Indiens — Terres réservées — Partage des biens
matrimoniaux à la suite d'un divorce — Conflit entre la
loi fédérale sur les Indiens et la législation provinciale
portant sur le partage des biens familiaux — Législa-
tion provinciale inapplicable aux terres réservées aux
Indiens — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap.
121, art. 43 à 55 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970,
chap. I-6, art. 88.*

*Droit de la famille — Partage des biens matrimo-
niaux à la suite d'un divorce — Demande en vertu de la
législation provinciale en vue d'obtenir un jugement
déclaratoire relatif aux droits sur des terres indiennes
— Législation provinciale inapplicable aux terres
réservées aux Indiens — Indemnisation en lieu et place
du partage des biens — Family Relations Act, R.S.B.C.
1979, chap. 121, art. 43 à 55 — Loi sur les Indiens,
S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 18, 20, 24, 88.*

Les parties, mari et femme, sont membres d'une
bande indienne de la Colombie-Britannique. L'appelante
a présenté une requête en divorce et demandé, sur le
fondement de la partie 3 de la *Family Relations Act*,
une moitié des biens relativement auxquels son mari
détient des certificats de possession délivrés en vertu de
l'art. 20 de la *Loi sur les Indiens*, ou une indemnisation

Supreme Court of British Columbia dismissed the application. On appeal, the Court of Appeal concluded that the appellant was not entitled to an interest in the Indian reserved lands but made an order for compensation for the purpose of adjusting the division of family assets between the spouses. This appeal is to determine whether the provisions of the *Family Relations Act* of British Columbia dealing with the division of family assets are applicable to lands in a reserve held by an Indian.

Held: The appeal should be dismissed.

The provisions of the *Family Relations Act* dealing with the right of ownership and possession of immovable property, while valid in respect of other immovable property, cannot apply to lands on an Indian reserve. When provincial legislation, given the generality of its terms, extends beyond the matter over which the legislature has jurisdiction and over a matter of federal exclusive jurisdiction, it must, in order to preserve its constitutionality, be read down and given the limited meaning which will confine it within the limits of the provincial jurisdiction. The right to possession of lands on an Indian reserve is of the very essence of the federal exclusive legislative power under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. It follows that provincial legislation cannot apply to the right of possession of Indian reserve lands.

Further, even assuming that s. 88 of the *Indian Act* applies to lands reserved for the Indians, the impugned provisions of the *Family Relations Act* cannot be referentially incorporated in the *Indian Act* since they are excluded by the application of the federal paramountcy set out in the section. Provisions such as are made in s. 52 of the *Family Relations Act* for orders dealing with ownership, right of possession, transfer of title, partition or sale of property, severance of joint tenancy are in actual conflict with the provisions of the *Indian Act*.

Where an equal division is not possible, like in this case, because some assets cannot be divided, the court may pursuant to s. 52(2)(c) of the *Family Relations Act* award compensation for the purpose of adjusting the division of family assets between the spouses. There is no inconsistency between such a provision for compensation between spouses and the *Indian Act*.

Cases Cited

Dick v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 309; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Car-*

en lieu et place du partage. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande. En appel, la Cour d'appel a conclu que l'appelante ne pouvait prétendre à un droit sur des terres réservées aux Indiens, mais a ordonné une indemnisation afin d'équilibrer le partage des biens familiaux entre les conjoints. Le pourvoi vise à déterminer si les dispositions de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique qui portent sur le partage des biens familiaux sont applicables aux terres d'une réserve que possède un Indien.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les dispositions de la *Family Relations Act* relatives au droit de propriété et de possession d'un immeuble, quoique valides dans le cas des autres immeubles, ne peuvent s'appliquer aux terres d'une réserve indienne. Lorsque la loi provinciale, compte tenu de la généralité de ses termes, s'étend hors du domaine où la législature peut exercer sa compétence à une matière de compétence fédérale exclusive, elle doit, pour demeurer constitutionnelle, être atténuée et recevoir le sens restreint qui la confine au champ de compétence provinciale. Le droit de posséder des terres sur une réserve indienne est de l'essence même de la compétence législative fédérale exclusive conférée par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'ensuit que la législation provinciale ne peut s'appliquer au droit de posséder des terres d'une réserve indienne.

En outre, même si on présume que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* s'applique aux terres réservées aux Indiens, les dispositions contestées de la *Family Relations Act* ne peuvent être incorporées par renvoi dans la *Loi sur les Indiens* puisqu'elles sont exclues par application de la prépondérance fédérale prévue par cet article. Des dispositions comme celles de l'art. 52 de la *Family Relations Act*, relatives à des ordonnances portant sur le droit de propriété, le droit de possession, le transfert du titre de propriété, le partage ou la vente de biens, la division d'une copropriété avec gain de survie, entrent en conflit véritable avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*.

Lorsqu'un partage égal n'est pas possible, comme en l'espèce, parce que certains biens ne peuvent être partagés, le tribunal peut, en vertu de l'al. 52(2)c) de la *Family Relations Act*, octroyer une indemnité afin d'équilibrer le partage des biens familiaux entre les conjoints. Il n'y a pas d'incompatibilité entre une telle disposition, prévoyant une indemnisation entre conjoints, et la *Loi sur les Indiens*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2

dinal v. Attorney General of Alberta, [1974] S.C.R. 695; *Surrey (Corpn.) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 91(24).

Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 43, 45, 48 to 55.

Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 18, 20, 24, 25, 28, 29, 37, 42 to 50, 53, 81, 88, 89.

Authors Cited

Hogg, P. W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswells, 1985.

Lysyk, K. M. "Constitutional Developments Relating to Indians and Indian Lands: an Overview," [1978] *L.S.U.C. Special Lectures* 201.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 9 D.L.R. (4th) 204, 38 R.F.L. (2d) 1, 51 B.C.L.R. 42, [1984] 2 W.W.R. 754, [1984] 3 C.N.L.R. 58, dismissing appellant's application for a division of family assets pursuant to the provisions of the *Family Relations Act* of British Columbia. Appeal dismissed.

Richard R. Sugden and A. Roos, for the appellant.

Gary S. Snarch and G. Kopelow, for the respondent.

Howard R. Eddy, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

J. T. S. McCabe, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

W. B. Scarth, Q.C., and *T. B. Marsh*, for the intervener the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

CHOUINARD J.—The constitutional question stated in this appeal is as follows:

Whether the provisions of Part 3 of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, dealing with the division of family assets, are constitutionally applicable to lands in a reserve held by an Indian, in view of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6?

The factual background is summarized by Hinkson J.A., who wrote the unanimous judgment of

R.C.S. 161; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Surrey (Corpn.) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380.

Lois et règlements cités

^a *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 43, 45, 48 à 55.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 18, 20, 24, 25, 28, 29, 37, 42 à 50, 53, 81, 88, 89.

^b

Doctrine citée

Hogg, P. W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswells, 1985.

^c Lysyk, K. M. «Constitutional Developments Relating to Indians and Indian Lands: an Overview,» [1978] *L.S.U.C. Special Lectures* 201.

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 9 D.L.R. (4th) 204, 38 R.F.L. (2d) 1, 51 B.C.L.R. 42, [1984] 2 W.W.R. 754, [1984] 3 C.N.L.R. 58, qui a rejeté la demande de l'appelante visant le partage des biens familiaux en conformité avec les dispositions de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté.

Richard R. Sugden et A. Roos, pour l'appelante.

^f *Gary S. Snarch et G. Kopelow*, pour l'intimé.

Howard R. Eddy, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

^g *J. T. S. McCabe, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

W. B. Scarth, c.r., et *T. B. Marsh*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

^h Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CHOUINARD—La question constitutionnelle que pose le pourvoi est ainsi rédigée:

ⁱ Les dispositions de la partie 3 de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 121, relatives au partage des biens familiaux, sont-elles constitutionnellement applicables aux terres d'une réserve appartenant à un Indien vu la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6?

^j Les faits qui entourent cette affaire ont été résumés par le juge Hinkson qui a rédigé l'arrêt

the Court of Appeal of British Columbia, [1984] 2 W.W.R. 754, at p. 755:

The appellant wife and the respondent husband are members of the Westbank Indian Band. Each of them holds certificates of possession issued to them pursuant to the provisions of the Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6.

The wife brought a petition for divorce and for other relief including a division of family assets pursuant to the provisions of the Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121.

At trial, the trial judge raised with counsel the question of whether the provisions of the Family Relations Act applied to lands allotted to the spouses by the Westbank Indian Band and for which they held certificates of possession issued pursuant to s. 20 of the Indian Act.

The wife sought a declaration pursuant to Pt. 3 of the Family Relations Act that she was entitled to an undivided one-half interest in the properties for which her husband held certificates of possession. The husband resisted that claim for relief on the basis that if the lands in question were family assets as defined in the Family Relations Act, then that Act had no application to the lands because they were Indian lands.

It should be added that the order sought by the appellant is conditional, *i.e.* subject to ministerial approval. It should further be mentioned that the order for compensation made by the Court of Appeal "for the purpose of adjusting the division", in lieu of an order on a division of property is also at issue.

The relevant sections of Part 3 of the *Family Relations Act*, "Matrimonial Property", that need to be reproduced are ss. 43, 51 and subss. (1) and (2) of s. 52:

Section 43 is preceded by the heading: "Equality of entitlement to family assets on marriage breakup". It reads:

43. (1) Subject to this Part, each spouse is entitled to an interest in each family asset on or after March 31, 1979 when

- (a) a separation agreement;
- (b) a declaratory judgment under section 44;
- (c) an order for dissolution of marriage or judicial separation; or

unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1984] 2 W.W.R. 754, à la p. 755:

[TRADUCTION] L'épouse appelante et le mari intime sont membres de la bande indienne Westbank. Chacun est titulaire de certificats de possession qui leur ont été délivrés en conformité des dispositions de la Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6.

L'épouse a déposé une requête en divorce, concluant en outre au partage des biens familiaux, conformément aux dispositions de la Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121.

Au procès, le juge de première instance s'est demandé, avec les avocats, si les dispositions de la Family Relations Act s'appliquaient aux biens-fonds alloués aux conjoints par la bande indienne Westbank, pour lesquels ils détenaient des certificats de possession délivrés en vertu de l'art. 20 de la Loi sur les Indiens.

L'épouse conclut à un jugement déclaratoire, conformément à la partie 3 de la Family Relations Act, disant qu'elle a droit à la moitié indivise des biens pour lesquels son mari détient des certificats de possession. Le mari conteste cette demande, disant que si les terrains en cause sont des biens familiaux, au sens de la Family Relations Act, cette loi ne s'applique pas à ces biens-fonds parce que ce sont des terres indiennes.

Il faut ajouter que l'ordonnance à laquelle conclut l'appelante est conditionnelle, c.-à-d. sous réserve d'approbation ministérielle. Il faut aussi mentionner que l'ordonnance d'indemnisation rendue par la Cour d'appel [TRADUCTION] «afin d'équilibrer le partage», en lieu et place d'une ordonnance de partage des biens, est aussi en cause.

Les articles pertinents de la partie 3 de la *Family Relations Act*, intitulée [TRADUCTION] «Biens matrimoniaux», qui doivent être reproduits ici, sont les art. 43, 51 et les par. 52(1) et (2):

L'article 43 porte en en-tête: [TRADUCTION] «Du droit aux biens familiaux en cas de rupture du mariage». Le voici:

[TRADUCTION] 43. (1) Sous réserve de la présente partie, chaque conjoint a droit à une part de chaque bien familial, à compter du 31 mars 1979, dès lors que leur mariage fait l'objet

- a) d'un accord de séparation;
- b) d'un jugement déclaratoire en vertu de l'art. 44;
- c) d'une ordonnance de dissolution du mariage ou de séparation de corps; ou

(d) an order declaring the marriage null and void respecting the marriage is first made.

(2) The interest under subsection (1) is an undivided half interest in the family asset as a tenant in common.

(3) An interest under subsection (1) is subject to

- (a) an order under this Part; or
- (b) a marriage agreement or a separation agreement.

(4) This section applies to a marriage entered into before or after this section comes into force.

Section 51 reads:

51. Where the provisions for division of property between spouses under section 43 or their marriage agreement, as the case may be, would be unfair having regard to

- (a) the duration of the marriage;
- (b) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart;
- (c) the date when property was acquired or disposed of;
- (d) the extent to which property was acquired by one spouse through inheritance or gift;
- (e) the needs of each spouse to become or remain economically independent and self sufficient; or
- (f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse,

the Supreme Court, on application, may order that the property covered by section 43 or the marriage agreement, as the case may be, be divided into shares fixed by the court. Additionally or alternatively the court may order that other property not covered by section 43 or the marriage agreement, as the case may be, of one spouse be vested in the other spouse.

Section 52 is preceded by the heading: "Determination of ownership, possession or division". It reads:

52. (1) In proceedings under this Part or on application, the Supreme Court may determine any matter respecting the ownership, right of possession or division of property under this Part, including the vesting of property under section 51, and may make orders which are necessary, reasonable or ancillary to give effect to the determination.

d) d'une ordonnance le déclarant nul et non avenu.

(2) La part prévue au paragraphe (1) est une moitié indivise du bien familial en tant que bien commun.

(3) La part visée au paragraphe (1) est attribuée sous réserve:

- a) d'une ordonnance en vertu de la présente partie; ou
- b) d'une convention matrimoniale ou d'un accord de séparation.

(4) Le présent article s'applique, que le mariage ait été conclu avant ou après son entrée en vigueur.

L'article 51 porte:

[TRADUCTION] **51.** Si le partage des biens entre les conjoints conformément à l'article 43 ou leur contrat de mariage, selon le cas, était injuste compte tenu

- a) de la durée du mariage,
- b) du temps pendant lequel les conjoints ont vécu séparés,
- c) de la date d'acquisition ou d'aliénation du bien,
- d) de la mesure dans laquelle le bien a été acquis par le conjoint par voie d'héritage ou de donation,
- e) des besoins de chaque conjoint pour parvenir à l'indépendance économique et à l'autosuffisance ou pour les conserver, ou
- f) de toute autre circonstance entourant l'acquisition, la conservation, l'entretien, l'amélioration ou l'emploi du bien ou la capacité ou les responsabilités du conjoint,

la Cour suprême, sur demande, peut ordonner le partage du bien visé par l'article 43 ou le contrat de mariage, selon le cas, en les parts qu'elle fixe. En sus ou subsidiairement, la Cour a la faculté d'ordonner que tout autre bien non visé par l'article 43 ou le contrat de mariage, selon le cas, appartenant à l'un des conjoints, soit cédé à l'autre.

L'article 52, qui porte en en-tête: [TRADUCTION] «*Décision sur le droit de propriété, la possession ou le partage*», est ainsi conçu:

[TRADUCTION] **52.** (1) Dans une instance engagée en vertu de la présente partie ou sur demande, la Cour suprême peut décider de toute question de droit de propriété, de droit de possession ou de partage d'un bien en vertu de la présente partie, y compris la cession du bien en vertu de l'article 51, et elle peut rendre les ordonnances qui sont nécessaires, raisonnables ou accessoires à la décision pour lui donner effet.

(2) In an order under this section, the court may, without limiting the generality of subsection (1), do one or more of the following:

- (a) declare the ownership of or right of possession to property;
- (b) order that, on a division of property, title to a specified property granted to a spouse be transferred to, or held in trust for, or vested in the spouse either absolutely, for life or for a term of years;
- (c) order a spouse to pay compensation to the other spouse where property has been disposed of, or for the purpose of adjusting the division;
- (d) order partition or sale of property and payment to be made out of the proceeds of sale to one or both spouses in specified proportions or amounts;
- (e) order that property forming all or a part of the share of either or both spouses be transferred to, or in trust for, or vested in a child;
- (f) order that a spouse give security for the performance of an obligation imposed by order under this section, including a charge on property; or
- (g) where property is owned by spouses as joint tenants, sever the joint tenancy.

Section 20 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, deals with possession and occupation of land in a reserve and with Certificates of Possession and Certificates of Occupation:

20. (1) No Indian is lawfully in possession of land in a reserve unless, with the approval of the Minister, possession of the land has been allotted to him by the council of the band.

(2) The Minister may issue to an Indian who is lawfully in possession of land in a reserve a certificate, to be called a Certificate of Possession, as evidence of his right to possession of the land described therein.

(3) For the purposes of this Act, any person who, on the 4th day of September 1951, held a valid and subsisting Location Ticket issued under *The Indian Act, 1880*, or any statute relating to the same subject-matter, shall be deemed to be lawfully in possession of the land to which the location ticket relates and to hold a Certificate of Possession with respect thereto.

(4) Where possession of land in a reserve has been allotted to an Indian by the council of the band, the Minister may, in his discretion, withhold his approval and may authorize the Indian to occupy the land tem-

(2) Dans une ordonnance rendue en vertu du présent article, la Cour peut notamment, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1):

- a) attribuer un droit de propriété ou un droit de possession sur un bien;
- b) ordonner qu'en cas de partage le titre de propriété d'un bien désigné, octroyé à un conjoint, lui soit transféré, cédé, ou soit placé en fiducie à son bénéfice, soit absolument, soit sa vie durant, soit pour un certain nombre d'années;
- c) ordonner à l'un des conjoints d'indemniser l'autre en cas d'aliénation de biens ou afin d'équilibrer le partage;
- d) ordonner le partage ou la vente de biens et le paiement, à même le produit de la vente, à l'un ou aux deux conjoints, dans les proportions ou montants qu'elle spécifie;
- e) ordonner que les biens formant la part, en tout ou en partie, de l'un ou l'autre ou des deux conjoints soient transportés ou cédés aux enfants ou placés en fiducie à leur profit;
- f) ordonner au conjoint de fournir une sûreté garantissant l'exécution des obligations que lui impose une ordonnance rendue en vertu du présent article, y compris une charge sur un bien; ou
- g) lorsqu'un bien appartient aux conjoints en copropriété avec gain de survie, partager cette copropriété.

L'article 20 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, traite de la possession et de l'occupation des terres situées sur une réserve et des certificats de possession et d'occupation:

20. (1) Un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du Ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

(2) Le Ministre peut délivrer à un Indien légalement en possession d'une terre dans une réserve un certificat, appelé certificat de possession, attestant son droit de posséder la terre y décrite.

(3) Aux fins de la présente loi, toute personne qui, le 4 septembre 1951, détenait un billet de location valide et subsistant, délivré sous le régime de la loi intitulée: *Acte relatif aux Sauvages, 1880*, ou de toute loi sur le même sujet, est réputée légalement en possession de la terre visée par le billet de location et est censée détenir un certificat de possession à cet égard.

(4) Lorsque le conseil de la bande a attribué à un Indien la possession d'une terre dans une réserve, le Ministre peut, à sa discrétion, différer son approbation et autoriser l'Indien à occuper la terre temporairement,

porarily and may prescribe the conditions as to use and settlement that are to be fulfilled by the Indian before the Minister approves of the allotment.

(5) Where the Minister withholds approval pursuant to subsection (4), he shall issue a Certificate of Occupation to the Indian, and the Certificate entitles the Indian, or those claiming possession by devise or descent, to occupy the land in respect of which it is issued for a period of two years from the date thereof.

Section 24 of the same Act deals with transfer of possession by an Indian to the band or to another member of the band:

24. An Indian who is lawfully in possession of lands in a reserve may transfer to the band or to another member of the band the right to possession of the land, but no transfer or agreement for the transfer of the right to possession of lands in a reserve is effective until it is approved by the Minister.

The Judgment of the Supreme Court

The trial judge determined that the *Family Relations Act* is a law of general application in the province. He found that its provisions are inconsistent with those of the *Indian Act*. Applying the doctrine of paramountcy, he concluded that he had no jurisdiction to make an order under Part 3 of the *Family Relations Act* dealing with the parties' lands on the Westbank Indian Reserve.

The trial judge further concluded that since there could be no division of the reserve lands under s. 43, there could be no determination of what "would be unfair" within the meaning of s. 51 and in the result he could not order compensation under s. 52(2)(c) in lieu of directing a division of the reserve lands, "for the purpose of adjusting the division".

The Judgment of the Court of Appeal

The Court of Appeal was of the view that a decree in favour of the appellant would necessarily involve the possession of Indian land. Relying on its own judgment in *Surrey (Corpn.) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380, as commented on by this Court in *Cardinal v. Attorney*

de même que prescrire les conditions, concernant l'usage et l'établissement, que doit remplir l'Indien avant que le Ministre approuve l'attribution.

(5) Lorsque le Ministre diffère son approbation conformément au paragraphe (4), il doit délivrer un certificat d'occupation à l'Indien, et le certificat autorise l'Indien, ou ceux qui réclament possession par legs ou par transmission sous forme d'héritage, à occuper la terre concernant laquelle il est délivré, pendant une période de deux ans, à compter de sa date.

L'article 24 de la même loi traite des transferts de possession par un Indien à la bande ou à un autre membre de la bande:

24. Un Indien qui est légalement en possession d'une terre dans une réserve peut transférer à la bande, ou à un autre membre de celle-ci, le droit à la possession de la terre, mais aucun transfert ou accord en vue du transfert du droit à la possession de terres dans une réserve n'est valable tant qu'il n'est pas approuvé par le Ministre.

Le jugement de la Cour suprême

Le juge de première instance a jugé que la *Family Relations Act* était une loi d'application générale dans la province. Il a constaté que ses dispositions n'étaient pas compatibles avec celles de la *Loi sur les Indiens*. Appliquant la doctrine de la prépondérance, il a conclu qu'il n'avait pas le pouvoir de rendre une ordonnance en vertu de la partie 3 de la *Family Relations Act* au sujet des terres des parties situées sur la réserve indienne Westbank.

Le juge de première instance a en outre conclu que, puisqu'il ne pouvait y avoir partage des terres d'une réserve en vertu de l'art. 43, on ne pouvait déterminer ce qui «serait injuste» au sens de l'art. 51 et qu'en conséquence il ne pouvait ordonner une indemnisation en vertu de l'al. 52(2)c) au lieu d'un partage des terres de la réserve «afin d'équilibrer le partage».

L'arrêt de la Cour d'appel

La Cour d'appel est d'avis qu'un jugement en faveur de l'appelante mettrait nécessairement en jeu la possession d'une terre indienne. Se fondant sur son propre arrêt *Surrey (Corpn.) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380, et sur les commentaires qu'a faits notre Cour dans son

General of Alberta, [1974] S.C.R. 695, the Court concluded that such a decree was impossible.

Turning to s. 88 of the *Indian Act*, the Court concluded that there could be no referential incorporation because s. 88 is inapplicable to Indian lands since it mentions Indians but does not mention lands reserved for the Indians.

On the subject of paramountcy, the Court found that there is a conflict between the *Indian Act* and the *Family Relations Act* and that consequently the latter cannot apply to Indian reserve lands.

The Court took the view that compensation for the purpose of adjusting the division could be awarded under s. 52(2)(c) and it remitted the matter to the trial judge in order that he might complete the disposition of the family assets accordingly.

The Interveners

Before this Court, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Ontario intervened in support of the appellant, the Attorney General of Canada in support of the respondent.

The Issues

In the case at bar it is common ground that the *Family Relations Act* is valid provincial legislation of general application. Beyond that the arguments developed in this Court were many and varied, and not always congruent even when supporting the same conclusions.

With respect, however, this appeal can in my view be resolved by consideration of the three following issues:

1. Are the provisions of the *Family Relations Act* applicable of their own force to lands reserved for the Indians?
2. Is the *Family Relations Act* referentially incorporated in the *Indian Act* by the application of s. 88 of the latter Act?

This issue in turn breaks down into two:

arrêt *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695, la Cour d'appel conclut qu'un tel jugement était impossible.

Se tournant vers l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, la Cour d'appel conclut qu'il ne peut y avoir incorporation par renvoi parce que l'art. 88 est inapplicable aux terres indiennes, celui-ci ne mentionnant que les Indiens, non les terres réservées pour les Indiens.

Sur la question de la prépondérance, la Cour d'appel constate qu'il y a conflit entre la *Loi sur les Indiens* et la *Family Relations Act* et qu'en conséquence cette dernière ne peut s'appliquer aux terres des réserves indiennes.

La Cour d'appel est d'avis qu'il peut y avoir indemnisation afin d'équilibrer le partage en vertu de l'al. 52(2)c) et elle renvoie l'affaire au juge de première instance pour qu'il complète le partage des biens familiaux sur cette base.

Les intervenants

En cette Cour, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Ontario sont intervenus en faveur de l'appelante, le procureur général du Canada, en faveur de l'intimé.

Les questions en litige

En l'espèce, il est constant que la *Family Relations Act* est une loi provinciale valide d'application générale. Pour le reste, les arguments avancés devant nous ont été nombreux et variés, et parfois divergents même quand ils proposaient les mêmes conclusions.

Avec égards cependant, le pourvoi peut, à mon avis, être résolu par l'examen des trois questions suivantes:

1. Les dispositions de la *Family Relations Act* sont-elles applicables *ex proprio vigore* aux terres réservées aux Indiens?
2. La *Family Relations Act* est-elle incorporée par renvoi dans la *Loi sur les Indiens* par l'application de son art. 88?

Cette question, à son tour peut être subdivisée en deux:

- (a) Does s. 88 of the *Indian Act* apply to lands reserved for the Indians?
- (b) In the affirmative, do the provisions of the *Family Relations Act* fall within one of the exceptions in s. 88?
3. Can an order for compensation be made in accordance with s. 52(2)(c) of the *Family Relations Act* with respect to lands on a reserve in lieu of an order directing division of property?
1. Are the Provisions of the *Family Relations Act* Applicable of Their Own Force to Lands Reserved for the Indians?

Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* confers exclusive legislative authority on the Parliament of Canada in "all Matters" coming within the subject "Indians, and lands reserved for the Indians."

Title to reserve lands is vested in the Crown, federal or provincial. So long as they remain such, reserve lands are administered by the Federal Government and Parliament has exclusive legislative authority over them. The *Indian Act*, enacted under that authority, provides in s.18(1):

18. (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart; and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

The purpose of the above subsection is to ensure that lands reserved for Indians are and remain used for the use and benefit of the band.

Under s. 20 already cited, possession of lands in a reserve is allotted to individual members of the band by the band council with the approval of the Minister of Indian Affairs and Northern Development who issues a Certificate of Possession.

By virtue of s. 24 cited above, a member of the band may transfer his right to possession only to the band or to another member of the band but no

- a) L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* s'applique-t-il aux terres réservées aux Indiens?
- b) Dans l'affirmative, les dispositions de la *Family Relations Act* relèvent-elles d'une des exceptions de l'art. 88?
3. Peut-on rendre une ordonnance d'indemnisation, conformément à l'al. 52(2)c) de la *Family Relations Act*, dans le cas des terres d'une réserve, au lieu d'une ordonnance de partage de biens?
1. Les dispositions de la *Family Relations Act* sont-elles applicables *ex proprio vigore* aux terres réservées aux Indiens?

Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère compétence législative exclusive au Parlement du Canada dans «toutes les matières» ressortissant au sujet: «Les Indiens et les terres réservées aux Indiens».

Le titre de propriété des terres des réserves appartient à Sa Majesté, fédérale ou provinciale. Tant qu'elles le demeurent, les terres des réserves sont administrées par le gouvernement fédéral et le Parlement a compétence législative exclusive à leur égard. La *Loi sur les Indiens*, adoptée en vertu de cette compétence, porte, au par. 18(1):

18. (1) Sauf les dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; et, sauf la présente loi et les stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

Ce paragraphe a pour objet de faire en sorte que les terres réservées aux Indiens soient utilisées à l'usage et au profit de la bande indienne et continuent de l'être.

En vertu de l'art. 20 déjà cité, la possession des terres d'une réserve est attribuée aux divers membres de la bande, individuellement, par le conseil de la bande, avec l'approbation du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, qui délivre un certificat de possession.

En vertu de l'art. 24 précité, un membre d'une bande indienne peut transférer son droit de possession uniquement à la bande ou à un autre membre

such transfer is effective until it is approved by the Minister.

I turn now to the provisions of the *Family Relations Act*.

Section 43 declares that each spouse is entitled to an undivided half-interest in each family asset upon the occurrence of certain events, in this case an order for dissolution of marriage.

Section 45 defines as a family asset property used for a family purpose.

Sections 48 and 49 deal with the effect of marriage and separation agreements upon family assets and provide for the filing, in the land title office, of a notice setting out the provisions of the marriage or separation agreement relating to the land in question.

Section 50 provides for the enforceability of a spouse's interest in matrimonial property.

Section 51 deals with judicial reapportionment of matrimonial property where the division under s. 43 or a marriage agreement would be unfair.

Section 52, already reproduced, governs the determination of the ownership, possession or division of matrimonial property.

Section 53 allows the court to make interim orders in respect of matrimonial property.

The appellant argues that the pith and substance of the *Family Relations Act* is the division of matrimonial property, not the use of Indian lands. She further argues that it in no way encroaches on the exclusive federal jurisdiction as to the use of Indian lands. She is supported in these views by the Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Ontario.

With respect I do not accept the latter proposition where Indian lands are involved.

de celle-ci, mais aucun transfert de ce genre n'a d'effet tant qu'il n'est pas approuvé par le Ministre.

J'en viens maintenant aux dispositions de la *Family Relations Act*.

L'article 43 dit que chaque conjoint a droit à une moitié indivise de chaque bien familial lorsque se produisent certains événements, en l'espèce, une ordonnance de dissolution du mariage.

L'article 45 définit ce qu'est un bien familial utilisé à des fins familiales.

Les articles 48 et 49 traitent de l'effet qu'ont les contrats de mariage et conventions de séparation sur les biens familiaux et prévoient le dépôt, au bureau d'enregistrement, d'une notification énonçant les dispositions des contrats de mariage ou conventions de séparation se rapportant au terrain en cause.

L'article 50 prévoit des voies d'exécution pour l'exercice d'un droit de l'un des conjoints relativement à un bien matrimonial.

L'article 51 porte sur la modification judiciaire du partage des biens matrimoniaux lorsque leur partage en vertu de l'art. 43 ou du contrat de mariage serait injuste.

L'article 52, reproduit auparavant, régit les décisions sur la propriété, la possession ou le partage des biens matrimoniaux.

L'article 53 autorise le tribunal à ordonner des mesures provisoires concernant les biens matrimoniaux.

L'appelante soutient que le caractère véritable de la *Family Relations Act* est le partage des biens matrimoniaux, non l'usage que l'on fait des terres indiennes. Elle soutient aussi que cette loi ne s'ingère nullement dans une compétence fédérale exclusive sur l'usage des terres indiennes. L'appuient à cet égard le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Ontario.

Avec égards, je ne saurais souscrire à cette dernière proposition lorsqu'il s'agit de terres indiennes.

The various orders that can be made under s. 52(2) deal *inter alia* with ownership, right of possession, transfer of title, partition or sale of property, severance of joint tenancy.

K. M. Lysyk, "Constitutional Developments Relating to Indians and Indian Lands: an Overview", in [1978] *L.S.U.C. Special Lectures* 201, writes at p. 227, footnote 49:

As to what is embraced within provincial "land law" in this sense, Laskin, C.J. observed in *Morgan v. Attorney General for Prince Edward Island*, [1976] 2 S.C.R. 349 at 357, that: "The power of a provincial legislature to regulate the way in which land in the province may be held, how it may be transferred, how it may be used (and this, whether the land be privately owned or be land held by the Crown in right of the province) is not contested." By analogy, presumably the matters contained within exclusive federal authority over Indian reserve lands include regulation of the manner of land-holding, disposition of interests in reserve lands and how reserve lands may be used (e.g., zoning regulations).

I cannot but agree with the Attorney General of Canada who writes in his factum:

In essence, Part 3 of the *Family Relations Act* is legislation which regulates who may own or possess land or other property. Its true nature and character is to regulate the right to the beneficial use of property and its revenues and the disposition thereof.

I also agree with the following submission of the Attorney General of Canada:

To paraphrase the *ratio* of the Court below: if one is declared to be entitled to an interest in a Certificate of Possession issued pursuant to section 20 of the *Indian Act* then one has a right to possess the lands to which the Certificate applies and hence the right to use those lands.

The Attorney General of British Columbia submitted on the other hand that what the *Indian Act* seeks to protect is the band interest, the group interest in lands, not the individual interest. By an order under the *Family Relations Act* only the latter would be affected.

Les diverses ordonnances que l'on peut rendre sur le fondement du par. 52(2) portent notamment sur le droit de propriété, le droit de possession, la cession du titre de propriété, le partage ou la vente d'un bien, le partage d'une copropriété avec gain de survie.

K. M. Lysyk, dans son article «Constitutional Developments Relating to Indians and Indian Lands: an Overview», dans [1978] *L.S.U.C. Special Lectures* 201, écrit, à la p. 227, note 49:

[TRADUCTION] Quant à savoir ce qu'embrasse le «droit foncier» provincial entendu en ce sens, le juge en chef Laskin fait observer dans l'arrêt *Morgan c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1976] 2 R.C.S. 349, à la p. 357: «La compétence d'une législature provinciale pour régler le droit de posséder des terres dans la province, de les céder et d'en user (soit qu'elles appartiennent à des particuliers ou à Sa Majesté du chef de la province) n'est pas contestée.» Par analogie, probablement, les matières de compétence fédérale exclusive couvrant les terres des réserves indiennes comprennent la réglementation concernant le genre de tenure foncière, l'aliénation de droits réels grevant les terres des réserves et l'emploi que l'on peut faire de ces terres (c.-à-d., la réglementation de zonage).

Je ne puis qu'être d'accord avec ce qu'écrit le procureur général du Canada dans son mémoire:

[TRADUCTION] Essentiellement, la partie 3 de la *Family Relations Act* constitue une réglementation qui établit qui peut être propriétaire ou possesseur d'un terrain ou d'autre bien. Son caractère véritable et sa nature sont de réglementer le droit à la propriété réelle du bien, à ses fruits et celui de l'aliéner.

Je suis également d'accord avec l'argument du procureur général du Canada que voici:

[TRADUCTION] Pour paraphraser le raisonnement du tribunal d'instance inférieure: celui qui est déclaré avoir droit à une part d'un certificat de possession, délivré conformément à l'art. 20 de la *Loi sur les Indiens*, a le droit de posséder les terres auxquelles le certificat s'applique et donc le droit d'utiliser ces terres.

Le procureur général de la Colombie-Britannique a fait valoir d'autre part que ce que la *Loi sur les Indiens* tente de protéger, c'est le droit de la bande, le droit collectif sur les terres, non le droit individuel. Une ordonnance en vertu de la *Family Relations Act* ne toucherait que ce dernier.

In my view that proposition is erroneous. As put by the respondent:

The interest of an Indian Band in its reserve lands is not limited to a reversionary interest, but includes an interest in ensuring that the present use of lands is for the benefit of the Band. Section 20 of the *Indian Act* gives the Band Council authority to allocate possession of reserve lands to individual band members. Section 60 provides that the Band may be given additional powers to manage reserve lands. By reallocating possession of reserve land, Part 3 of the *Family Relations Act* would significantly impact on the ability of the Band and the federal Crown to ensure that reserve lands are used for the benefit of the Band.

The right to possession of lands on an Indian reserve is manifestly of the very essence of the federal exclusive legislative power under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. It follows that provincial legislation cannot apply to the right of possession of Indian reserve lands.

When otherwise valid provincial legislation, given the generality of its terms, extends beyond the matter over which the legislature has jurisdiction and over a matter of federal exclusive jurisdiction, it must, in order to preserve its constitutionality, be read down and given the limited meaning which will confine it within the limits of the provincial jurisdiction.

It follows that the provisions of the *Family Relations Act* dealing with the right of ownership and possession of immovable property, while valid in respect of other immovable property, cannot apply to lands on an Indian reserve.

2. Is the *Family Relations Act* Referentially Incorporated in the *Indian Act* by the Application of s. 88 of the Latter Act?

With respect to Indians, valid provincial legislation of general application which would normally have to be read down in order to preserve its constitutionality, may be made applicable to Indians by referential incorporation in the *Indian Act* through the operation of s. 88 of the Act, subject to the exceptions stated in the section.

À mon avis, cette proposition est erronée. Pour reprendre les termes de l'intimé:

[TRADUCTION] Le droit d'une bande indienne aux terres de sa réserve n'est pas limité à un droit de retour; il comprend le droit de s'assurer que l'utilisation actuelle des terres se fait au profit de la bande. L'article 20 de la *Loi sur les Indiens* confère au conseil de la bande le pouvoir d'attribuer la possession des terres des réserves aux individus membres de la bande. L'article 60 porte que la bande peut se voir attribuer des pouvoirs supplémentaires de gestion des terres des réserves. En réattribuant la possession d'une terre de la réserve, la partie 3 de la *Family Relations Act* aurait une répercussion importante sur la capacité de la bande et de la Couronne fédérale de s'assurer que les terres de la réserve sont utilisées pour le profit de la bande.

Le droit de posséder des terres sur une réserve indienne relève manifestement de l'essence même de la compétence législative fédérale exclusive que confère le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'ensuit que la loi provinciale ne peut s'appliquer au droit de possession sur les terres des réserves indiennes.

Lorsqu'une loi provinciale, par ailleurs valide, compte tenu de la généralité de ses termes, s'étend hors du domaine où la législature peut exercer sa compétence provinciale, à une matière de compétence fédérale exclusive, elle doit, pour demeurer constitutionnelle, être atténuée et recevoir le sens restreint qui la confine au champ de compétence provinciale.

Il s'ensuit que les dispositions de la *Family Relations Act* qui traitent du droit de propriété et de possession d'un immeuble, quoique valides dans le cas d'un autre immeuble, ne peuvent s'appliquer aux terres d'une réserve indienne.

2. La *Family Relations Act* est-elle incorporée par renvoi dans la *Loi sur les Indiens* par l'application de son art. 88?

Dans le cas des Indiens, la législation provinciale d'application générale valide qui, normalement, devrait recevoir une interprétation atténuée pour préserver sa constitutionnalité, peut être applicable aux Indiens par suite d'une incorporation par renvoi dans la *Loi sur les Indiens* par application de l'art. 88, sous réserve des exceptions énoncées par l'article.

Section 88 of the *Indian Act* reads:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of the Parliament of Canada, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that such laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that such laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

It is now settled that the provincial laws of general application to which s. 88 refers are those laws which could not apply to Indians without regulating them *qua* Indians. It is also settled that those laws that are made applicable to Indians by the operation of s. 88 are not applicable to them *ex proprio vigore* but are so made applicable by referential incorporation in the *Indian Act*. See *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309.

In that case it was held that the *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1979, c. 433, is a law of general application and that it applies to a non-treaty Indian either by its own force or, assuming the *Wildlife Act* has the effect of regulating him *qua* Indian, by referential incorporation under s. 88 of the *Indian Act*.

It is far from settled however that s. 88 contemplates referential incorporation with respect to lands reserved for the Indians.

It follows that the provisions of the *Family Relations Act* at issue will be found not to be referentially incorporated in the *Indian Act* if s. 88 does not apply to lands reserved for the Indians.

If it were found that s. 88 does apply to Indian lands, the provisions of the *Family Relations Act* would still not be referentially incorporated if they fall within one of the exceptions provided for in that section. Hence the two following questions.

(a) Does s. 88 of the *Indian Act* Apply to Lands Reserved for the Indians?

In the appellant's submission, s. 88 is irrelevant with respect to Indian lands because it refers to Indians, not Indian lands. This case in her view

Voici l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*:

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

Il est maintenant établi que les lois provinciales d'application générale auxquelles se réfère l'art. 88 sont les lois qui ne pourraient s'appliquer aux Indiens sans les toucher en tant qu'Indiens. Il est aussi établi que ces lois, rendues applicables aux Indiens de par l'art. 88, ne leur sont pas applicables *ex proprio vigore* mais par suite d'incorporation par renvoi dans la *Loi sur les Indiens*. Voir l'arrêt *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309.

Dans cette affaire, il a été jugé que la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 433, est une loi d'application générale et qu'elle s'applique à un Indien non visé par un traité, soit *ex proprio vigore*, soit, si on présume que la *Wildlife Act* le touche en tant qu'Indien, par suite d'incorporation par renvoi en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Il est loin d'être établi cependant que l'art. 88 envisage l'incorporation par renvoi dans le cas de terres réservées aux Indiens.

Il s'ensuit que les dispositions de la *Family Relations Act* en cause ne sont pas incorporées par renvoi dans la *Loi sur les Indiens* si l'art. 88 ne s'applique pas aux terres réservées aux Indiens.

S'il devait être constaté que l'art. 88 s'applique aux terres indiennes, les dispositions de la *Family Relations Act* ne seraient pas pour autant incorporées par renvoi si elles relèvent de l'une des exceptions prévues par cet article. D'où les deux questions qui suivent.

a) L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* s'applique-t-il aux terres réservées aux Indiens?

Selon l'appelante, l'art. 88 n'est pas en cause dans le cas des terres indiennes, parce qu'il se réfère aux Indiens, non aux terres indiennes. L'es-

stands to be decided by application of the doctrine of paramountcy and there being no "actual conflict" between the *Family Relations Act* and the *Indian Act*, the former is applicable to Indian lands.

The position of the Attorney General of British Columbia in this respect is essentially the same.

The Attorney General of Ontario took the position that s. 88 does apply to Indian lands. I will return to this later. In his view, therefore, s. 88 referentially incorporates the *Family Relations Act*. But he made no submissions as to paramountcy.

The respondent did not deal with the question whether s. 88 applies to Indian lands. Quite apart from s. 88 he argued that there was "actual conflict" between the two acts and that consequently the *Family Relations Act* was inapplicable to reserve lands.

The Attorney General of Canada took the position that s. 88 does not apply to Indian lands. As to paramountcy his position was along the same lines as that of the respondent.

I have already determined that the impugned provisions of the *Family Relations Act* are not applicable of their own force to lands reserved for the Indians. They could be made applicable only if s. 88 applies to reserve lands and then only if the provisions of the *Family Relations Act* do not fall within one of the exceptions provided for in that section.

The submission that s. 88 does not apply to lands reserved for Indians is quite simple. It is to the effect that not one but two subject matters are the object of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, namely: "Indians" and "Lands reserved for the Indians". Since only Indians are mentioned in s. 88, that section would not apply to lands reserved for the Indians.

As already mentioned the Attorney General of Ontario took the opposite view. He presented the following argument:

The legislative authority of Parliament under section 91(24) extends to two subjects (*i.e.*, "Indians" and

pèce, à son avis, appelle l'application de la doctrine de la prépondérance et, comme il n'y a aucun «conflit véritable» entre la *Family Relations Act* et la *Loi sur les Indiens*, la première s'applique aux terres indiennes.

La position du procureur général de la Colombie-Britannique est à cet égard essentiellement la même.

Le procureur général de l'Ontario prétend que l'art. 88 s'applique effectivement aux terres indiennes. Je reviendrai là-dessus ultérieurement. À son avis donc, l'art. 88 incorpore la *Family Relations Act* par renvoi. Mais il n'a fait valoir aucun argument concernant la prépondérance.

L'intimé n'a pas traité de l'application de l'art. 88 aux terres indiennes. L'article 88 mis à part, il a soutenu qu'il y avait un «conflit véritable» entre les deux lois et qu'en conséquence la *Family Relations Act* était inapplicable aux terres des réserves.

Le procureur général du Canada a soutenu que l'art. 88 ne s'applique pas aux terres indiennes. Sur la prépondérance, sa position est semblable à celle de l'intimé.

J'ai déjà décidé que les dispositions en cause de la *Family Relations Act* ne s'appliquent pas *ex proprio vigore* aux terres réservées aux Indiens. Elles ne peuvent s'appliquer que si l'art. 88 vise les terres des réserves et, alors, uniquement si les dispositions de la *Family Relations Act* ne relèvent pas de l'une des exceptions prévues par cet article.

L'argument que l'art. 88 ne s'applique pas aux terres réservées aux Indiens est fort simple. Il est fondé sur le fait que ce n'est pas un mais deux sujets qui font l'objet du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, savoir: «Les Indiens» et «les terres réservées aux Indiens». Puisqu'il n'est question que des Indiens dans l'art. 88, l'article ne s'applique pas aux terres réservées aux Indiens.

Comme je l'ai déjà dit, le procureur général de l'Ontario est d'avis contraire. Il fait valoir l'argument suivant:

[TRADUCTION] L'autorité législative du Parlement fondée sur le par. 91(24) porte sur deux sujets (c.-à-d.,

“Lands reserved for the Indians”). It is sometimes said that this fact means that section 88 of the *Indian Act* does not have the same effect where the provincial legislation of general application in question is in relation to lands as it has when the legislation is not in relation to lands. That is, because the language of section 88 concerns the applicability of provincial laws of general application “to and in respect of Indians” but does not mention “Lands reserved for the Indians”, therefore, it is said, section 88 has no effect where the provincial legislation in question is in relation to lands.

It is submitted that this view is in error. The purpose and effect of section 88 is to limit the applicability to Indians of provincial laws of general application by enacting that such laws are “subject to the terms of any treaty” and subject to the expanded doctrine of federal paramountcy set out in the section. Pursuant to its legislative authority under section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament has enacted, in section 88 of the *Indian Act*, law concerning the exposure of Indians to “all laws of general application from time to time in force in any province”. It makes no difference whether those laws are in relation to lands or some other class of subjects. In either event, they are applicable to Indians subject to the limits prescribed in the section. There is no reason to import into the construction of the words in section 88 the fact that Parliament has, pursuant to section 91(24), not one but two subjects within its legislative authority.

Be that as it may, it is not essential for the resolution of this case to determine the issue if we find, as I think we must, that even assuming that s. 88 applies to lands reserved for the Indians, the impugned provisions of the *Family Relations Act* are not referentially incorporated in the *Indian Act* since they are excluded by the application of the federal paramountcy set out in the section.

(b) Do the Provisions of the *Family Relations Act* Fall Within One of the Exceptions in s. 88?

In P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), it is stated at pp. 561-62:

The importance of s. 88 lies in its definition of the laws that do *not* apply to Indians. The section is explicitly “subject to the terms of any treaty”, which means that any conflict between a treaty made with the Indians and a provincial law of general application has to be

«Les Indiens» et «les terres réservées aux Indiens»). On dit parfois que cela signifie que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* n'a pas le même effet lorsque la législation provinciale d'application générale en cause porte sur des terres que lorsque la législation ne vise pas des terres. Cela, parce que le texte de l'art. 88 porte sur l'applicabilité des lois provinciales d'application générale «aux Indiens» mais ne mentionne pas «les terres réservées aux Indiens»; donc, dit-on, l'art. 88 n'a pas d'effet lorsque la législation provinciale en cause porte sur des terres.

Cette conception, prétendons-nous, est erronée. L'article 88 a pour effet de limiter l'applicabilité aux Indiens de lois provinciales d'application générale en disposant que ces lois sont «sous réserve des dispositions de quelque traité» et sous réserve de la doctrine élargie de la prépondérance fédérale énoncée par l'article. Conformément à son autorité législative en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement a adopté, à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, une disposition soumettant les Indiens à «toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province». Il importe peu que ces lois portent sur des terres ou quelque autre catégorie de sujets. Dans l'un comme dans l'autre cas, elles s'appliquent aux Indiens sous réserve des restrictions prévues par l'article. Il n'y a aucune raison d'introduire dans l'interprétation du texte de l'art. 88 le fait que le Parlement possède, en vertu du par. 91(24), non pas un mais deux sujets de compétence législative.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas essentiel à la solution du litige en l'espèce de statuer là-dessus si nous concluons, comme je crois que nous le devons, que, même si on présume que l'art. 88 s'applique aux terres réservées aux Indiens, les dispositions contestées de la *Family Relations Act* ne sont pas incorporées par renvoi dans la *Loi sur les Indiens* puisqu'elles sont exclues par application de la prépondérance fédérale qu'énonce l'article.

b) Les dispositions de la *Family Relations Act* relèvent-elles d'une des exceptions de l'art. 88?

Dans P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), on dit aux pp. 561 et 562:

[TRADUCTION] L'importance de l'art. 88 tient à sa définition des lois qui *ne* s'appliquent pas aux Indiens. L'article est expressément «sous réserve des dispositions de quelque traité», ce qui veut dire que tout conflit entre un traité conclu avec les Indiens et une loi provinciale

resolved in favour of the treaty provision, thus reversing the normal rule for such conflicts.

The section is also subject to “any other act of the Parliament of Canada”, so that any conflict between a federal statute and a provincial law has to be resolved in favour of the federal statute. A provincial law is also inapplicable where it is “inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder”. These two parts of the section seem to be intended to make clear that the paramountcy doctrine applies to provincial laws, notwithstanding their adoption by a federal statute. However, the closing language of the section goes on to provide that the provincial laws are applicable “except to the extent that such laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act”. This language in its context seems to contemplate that a provincial law which makes provision for any matter for which provision is made by (or under) the Indian Act must yield to the provisions of the Indian Act. The doctrine of paramountcy, on the other hand, at least as it has been interpreted recently, applies only where there is an express contradiction between a federal and a provincial law. It does not apply where the federal and provincial laws, while not in direct conflict, are merely occupying the same field, or in other words making provision for the same matters. It seems probable therefore that the closing words of s. 88 go further than the paramountcy doctrine and will render inapplicable to Indians some provincial laws which would have been applicable under the general law.

As to the paramountcy doctrine the test now most often referred to is that set out in *Multiple Access Ltd v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, where Dickson, J., as he then was, wrote, for the majority, at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says “yes” and the other says “no”; “the same citizens are being told to do inconsistent things”; compliance with one is defiance of the other.

That test is contemplated by s. 88 where it is said that laws of general application are applicable to Indians “except to the extent that such laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder”

d’application générale doit être résolu en faveur de la disposition du traité inversant ainsi la règle habituelle applicable à ces conflits.

L’article est aussi sous réserve «de quelque autre loi du Parlement du Canada», de sorte que tout conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale doit être résolu en faveur de la loi fédérale. La loi provinciale est aussi inapplicable lorsqu’elle est «incompatible avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime». Ces deux parties de l’article semblent avoir été conçues pour que l’on voit clairement que la doctrine de la prépondérance s’applique aux lois provinciales, même si une loi fédérale les adopte. Cependant, la dernière partie de l’article poursuit en disposant que les lois provinciales sont applicables «sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant». Cette disposition, remise dans son contexte, semble envisager que la loi provinciale qui édicte quelque chose qui fait déjà l’objet d’une disposition de la Loi sur les Indiens (ou fondée sur celle-ci) doit céder devant la Loi sur les Indiens. La doctrine de la prépondérance, d’autre part, à tout le moins telle qu’elle a été interprétée récemment, ne s’applique que s’il y a contradiction expresse entre une loi fédérale et une loi provinciale. Elle ne s’applique pas lorsque les lois fédérales et provinciales, quoiqu’elles ne soient pas en conflit direct, occupent simplement le même champ ou, en d’autres mots, légifèrent sur la même matière. Il semble probable donc que la dernière partie de l’art. 88 va plus loin que la doctrine de la prépondérance et rend inapplicables aux Indiens certaines lois provinciales qui auraient été applicables en droit commun.

En ce qui concerne la doctrine de la prépondérance, le critère le plus souvent retenu est celui exposé dans l’arrêt *Multiple Access Ltd c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, où le juge Dickson, maintenant juge en chef, écrit au nom de la majorité, à la p. 191:

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d’exclusion sauf lorsqu’il y a un conflit véritable, comme lorsqu’une loi dit «oui» et que l’autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d’accomplir des actes incompatibles»; l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre.

Ce critère est prévu par l’art. 88 lorsqu’il y est dit que les lois d’application générale sont applicables aux Indiens «sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime»

Applying that test the Court of Appeal found an "actual conflict". Hinkson J.A. wrote for the Court, at p. 760:

In the present case, in my opinion, applying the test in the *Multiple Access* case, there is an actual conflict between the provisions of the Indian Act and the Family Relations Act. Implicit in the submissions of counsel for the wife and counsel for the Attorney General of British Columbia is an acknowledgement that there is such a conflict. On the one hand the provisions of s. 20 of the Indian Act do not permit an Indian who is lawfully in possession of lands in a reserve to transfer the right to possession until such transfer is approved by the minister. On the other hand under the Family Relations Act, the court is empowered in dealing with land which is a family asset, to declare the ownership or right of possession to such property, to order the title to a specified property be transferred to a spouse or order partition or sale of such property. If the court exercised the powers granted to it by the Family Relations Act in favour of a spouse, it would result in a conflict with respect to Indian reserve lands as between the order made by the court and the right of the Minister to approve a transfer of the right to possession of such lands. It is for this reason that the court is urged to make a conditional order.

When this problem is considered in the light of the approach enunciated in the *Multiple Access* case it is apparent that there is a conflict between the Indian Act and the Family Relations Act and that in those circumstances the provisions of the Family Relations Act dealing with real property cannot extend to Indian reserve lands. It can have no application.

I agree. With respect, in my view, the impugned provisions of the *Family Relations Act* do conflict with the *Indian Act*.

Section 18 of the *Indian Act* provides that reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the bands.

Section 20 provides that the possession by an individual Indian can only come through allotment by the council together with the approval of the Minister.

Section 24 permits transfer only to the band or to another member of the band and only with the consent of the Minister.

Appliquant ce critère, la Cour d'appel a constaté qu'il y avait «conflit véritable». Le juge Hinkson écrit au nom de la cour, à la p. 760:

[TRADUCTION] En l'espèce, à mon avis, si on applique le critère retenu dans l'arrêt *Multiple Access*, il y a un conflit véritable entre les dispositions de la Loi sur les Indiens et la Family Relations Act. Implicitement, dans les arguments qu'ont fait valoir les avocats de la femme et du procureur général de la Colombie-Britannique, on trouve la reconnaissance qu'un tel conflit existe. D'une part, les dispositions de l'art. 20 de la Loi sur les Indiens ne permettent pas à un Indien en possession légale de terres d'une réserve de transférer son droit de possession tant que le transfert n'est pas approuvé par le Ministre. D'autre part, en vertu de la Family Relations Act, le tribunal a le pouvoir, en statuant sur un terrain constituant un bien familial, de déclarer quel en est le propriétaire ou le possesseur attitré, d'ordonner que le titre de propriété d'un bien désigné soit transféré au conjoint ou d'ordonner le partage ou la vente de ce bien. Si le tribunal exerçait les pouvoirs qui lui sont conférés par la Family Relations Act en faveur d'un conjoint, il s'ensuivrait un conflit relativement aux terres des réserves indiennes entre l'ordonnance du tribunal et le droit du Ministre d'approuver un transfert du droit de possession des terres. C'est pour cette raison qu'on invite la cour à rendre une ordonnance conditionnelle.

Lorsque ce problème est examiné dans le contexte de la démarche énoncée dans l'arrêt *Multiple Access*, il devient évident qu'il y a un conflit entre la Loi sur les Indiens et la Family Relations Act et que, dans ce cas, les dispositions de la Family Relations Act portant sur les biens immeubles ne peuvent viser les terres des réserves indiennes. Elle ne peut avoir aucune application.

J'en conviens. Avec égards, à mon avis, les dispositions contestées de la *Family Relations Act* entrent effectivement en conflit avec la *Loi sur les Indiens*.

L'article 18 de la *Loi sur les Indiens* porte que Sa Majesté détient les réserves à l'usage et au profit des bandes.

L'article 20 porte qu'un Indien ne peut avoir la possession d'une terre que si le conseil la lui a accordée avec l'approbation du Ministre.

L'article 24 n'autorise un transfert qu'à la bande ou à un autre membre de la bande et uniquement avec l'approbation du Ministre.

Section 25 requires an Indian who leaves the reserve to transfer to another member.

Section 28 prohibits any arrangement or occupation save to another member.

Section 29 provides that reserve lands are not subject to seizure under legal process.

Section 37 exempts reserve lands from execution, prohibits sale or lease except by surrender to Her Majesty.

Sections 42 to 47 control testamentary succession.

Sections 48 to 50 control distribution of property on intestacy.

Section 53 provides that the Minister may lease, for the benefit of any Indian, upon his application for that purpose, the land of which he is lawfully in possession without the land being surrendered.

Section 81 provides that, if so authorized by the Governor in Council, under s. 60, the council of a band may make by-laws for *inter alia* (i) "the survey and allotment of reserve lands among the members of the band and the establishment of a register of Certificates of Possession and Certificates of Occupation".

Section 89 prohibits mortgages except to another Indian.

Provisions such as are made in s. 52 of the *Family Relations Act* for orders dealing with ownership, right of possession, transfer of title, partition or sale of property, severance of joint tenancy are, in my view, in "actual conflict" with the above provisions of the *Indian Act*.

Were the provisions of both Acts to be applied at once as was sought in this case, the husband by virtue of his Certificate of Possession issued by the Minister following an allotment by the band council would be entitled to the sole possession of the

L'article 25 oblige un Indien qui quitte la réserve à transférer son droit à la possession à un autre membre de la bande.

a L'article 28 interdit tout arrangement, sauf avec un autre membre de la bande, ou toute occupation, sauf par un autre membre.

b L'article 29 dispose que les terres des réserves ne sont assujetties à aucune saisie sous le régime d'un acte judiciaire.

c L'article 37 exempte les terres des réserves de toute voie d'exécution et en interdit la vente ou la location, sauf par cession à Sa Majesté.

Les articles 42 à 47 régissent les successions testamentaires.

d Les articles 48 à 50 régissent la distribution des biens en cas de succession *ab intestat*.

e L'article 53 prévoit que le Ministre peut louer, au profit de tout Indien, qui en fait la demande, la terre dont il est légalement en possession sans que la terre soit cédée.

f L'article 81 dispose que, sur autorisation du gouverneur en conseil, conformément à l'art. 60, le conseil d'une bande peut établir des statuts administratifs portant notamment sur: i) «l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande, et l'établissement d'un registre de certificats de possession et de certificats d'occupation».

g L'article 89 interdit les hypothèques, sauf en faveur d'un autre Indien.

h Les dispositions qui, comme celles de l'art. 52 de la *Family Relations Act*, concernent des ordonnances traitant du droit de propriété, du droit de possession, du transfert de titre de propriété, du partage ou de la vente d'un bien, du partage d'une copropriété avec gain de survie, entrent, à mon avis, en «conflit véritable» avec les dispositions précitées de la *Loi sur les Indiens*.

i Si les dispositions des deux lois devaient être appliquées en même temps, comme on le demande en l'espèce, le mari, en vertu de son certificat de possession délivré par le Ministre après lui avoir été accordé par le conseil de bande, aurait droit à

land while the wife by virtue of an order of the Court would be entitled to a half interest in the Certificate of Possession and the rights flowing therefrom.

In my respectful view to make the order conditional on the approval of the Minister would not change the situation. I accept the following submission of the Attorney General of Canada:

... since Part 3 of the *Family Relations Act* dealing with the division of family assets is constitutionally inapplicable to the lands in question, the Supreme Court of British Columbia lacks jurisdiction to make an order pursuant to such legislation relating to said lands, whether expressed to be conditional on the approval of the Minister of Indian Affairs and Northern Development or not.

In the result, even assuming that s. 88 of the *Indian Act* applies to lands reserved for the Indians, the provisions of the *Family Relations Act* would, in my opinion, fall within that exception of s. 88 and would not be applicable to lands reserved for the Indians.

In reaching this conclusion I am not unmindful of the ensuing consequences for the spouses, arising out of the laws in question, according as real property is located on a reserve or not. In this respect I borrow the following sentence, albeit in a different context, from P. W. Hogg, *op. cit.*, at p. 554:

Whether such laws are wise or unwise is of course a much-controverted question, but it is not relevant to their constitutional validity.

3. Can an Order for Compensation Be Made in Accordance with s. 52(2)(c) of the *Family Relations Act* with Respect to Lands on a Reserve in Lieu of an Order Directing Division of Property?

Section 52(2)(c) of the *Family Relations Act* provides that the Court may "order a spouse to pay compensation to the other spouse where property has been disposed of, or for the purpose of adjusting the division".

In this respect the trial judge held:

As there can be no division of the reserve lands under Section 43 then there can be no determination of what

la possession exclusive de la terre, alors que la femme, en vertu d'une ordonnance judiciaire aurait droit à une moitié du certificat de possession et des droits qui en découlent.

Avec égards, rendre une ordonnance sous condition d'approbation par le Ministre ne changerait rien à la situation. J'accepte l'argument du procureur général du Canada que voici:

[TRADUCTION] ... puisque la partie 3 de la *Family Relations Act* qui traite du partage des biens familiaux est constitutionnellement inapplicable aux terres en question, la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'a pas compétence pour rendre une ordonnance fondée sur cette loi relativement à ces terres, qu'elle soit ou non sous condition d'approbation du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien.

En définitive, même si on présumait que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* s'applique aux terres réservées aux Indiens, les dispositions de la *Family Relations Act* relèveraient, à mon avis, des exceptions de l'art. 88 et ne seraient pas applicables aux terres réservées aux Indiens.

En arrivant à cette conclusion, je n'oublie pas les conséquences qui s'ensuivent pour les conjoints et qui découlent des lois en cause selon qu'un bien immeuble se trouve ou non sur une réserve. À cet égard, je fais mienne la phrase suivante, écrite dans un contexte différent il est vrai, de P. W. Hogg, *op.cit.*, à la p. 554:

[TRADUCTION] Que ces lois soient sages ou non est naturellement une question fort controversée, mais cela est sans effet sur leur constitutionnalité.

3. Peut-on rendre une ordonnance d'indemnisation, conformément à l'al. 52(2)c) de la *Family Relations Act*, dans le cas des terres d'une réserve, au lieu d'une ordonnance de partage de biens?

L'alinéa 52(2)c) de la *Family Relations Act* prévoit que la Cour peut «ordonner à l'un des conjoints d'indemniser l'autre en cas d'aliénation de biens ou afin d'équilibrer le partage».

À cet égard, le juge de première instance a conclu:

[TRADUCTION] Comme il ne peut y avoir aucun partage des terres d'une réserve en vertu de l'art. 43, on

“would be unfair”. I, therefore, cannot make a substitution of compensation under Section 52(2)(c) for an “unfair division” under Sections 43 or 51.

Reversing on this point the Court of Appeal wrote, at p. 761:

If the court is unable to award the wife an interest in the Indian reserve lands then the court may make an order for compensation for the purpose of adjusting the division of family assets between the spouses.

The Court of Appeal accordingly ordered that the matter be remitted to the trial judge in order that he may complete the disposition of the family assets involved in this proceeding by awarding compensation for the purpose of adjusting the division of family assets between the spouses.

With this I agree. If the court may make an order for compensation because division is not possible where property has been disposed of, surely it must be empowered to make such an order “for the purpose of adjusting the division”, where property exists but cannot be divided because no division can be made of reserve lands.

The rule under s. 43 is that each spouse is entitled to an undivided half interest in all family assets, not immovable property only. Where having regard to the factors listed in s. 51 the division would be unfair, the Court may fix different shares. With this we are not concerned here. Section 52(2)(c) provides for a compensation order “for the purpose of adjusting the division”. All family assets having been taken into account, where an equal division is not possible because some assets, in this case lands on a reserve, cannot be divided, I fail to see why a compensation order could not be had.

Compensation in lieu of a division of property is not a matter for which provision is made under the *Indian Act* and in my view there is no inconsistency or “actual conflict” between such a provision for compensation between spouses and the *Indian Act*.

I would answer the constitutional question as follows:

ne peut déterminer ce qui «serait injuste». Je ne peux donc substituer une indemnisation, en vertu de l'al. 52(2)c), à un «partage injuste» en vertu des art. 43 ou 51.

Infirmant sur ce point son jugement, la Cour d'appel écrit, à la p. 761:

[TRADUCTION] Si elle est incapable d'accorder à l'épouse un droit sur les terres d'une réserve indienne, la cour peut cependant rendre une ordonnance d'indemnisation pour équilibrer le partage des biens familiaux entre les conjoints.

La Cour d'appel a en conséquence ordonné que l'affaire soit renvoyée au juge de première instance pour qu'il complète le partage des biens familiaux en cause, en accordant une indemnisation qui équilibre le partage des biens familiaux entre les conjoints.

Je suis d'accord. Si elle peut rendre une ordonnance d'indemnisation lorsque le partage n'est plus possible parce qu'un bien a été aliéné, la cour a certainement le pouvoir de rendre une ordonnance semblable «afin d'équilibrer le partage», lorsque le bien existe, mais ne peut être partagé parce qu'on ne peut partager les terres d'une réserve.

La règle prévue à l'art. 43 est que chaque conjoint a droit à une moitié indivise de tous les biens familiaux, non des immeubles uniquement. Lorsque, compte tenu des facteurs énumérés à l'art. 51, le partage serait injuste, le tribunal peut allouer des parts différentes. Là n'est pas la question en l'espèce. L'alinéa 52(2)c) prévoit une ordonnance d'indemnisation «afin d'équilibrer le partage». Une fois qu'on a tenu compte de toute la masse des biens familiaux et qu'un partage égal n'est pas possible parce que certains biens, en l'espèce des terres sur une réserve, ne peuvent être partagés, je ne vois pas pourquoi une ordonnance d'indemnisation ne pourrait être obtenue.

L'indemnisation au lieu du partage d'un bien n'est pas une question que règle la *Loi sur les Indiens* et, à mon avis, il n'y a aucune incompatibilité ni «conflit véritable» entre une disposition prévoyant l'indemnisation entre conjoints et la *Loi sur les Indiens*.

Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle de la façon suivante:

Question: Whether the provisions of Part 3 of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, dealing with the division of family assets, are constitutionally applicable to lands in a reserve held by an Indian, in view of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6?

Answer: No.

I would dismiss the appeal. No order as to costs was made by the Supreme Court of British Columbia nor by the Court of Appeal. I would likewise make no order as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Braidwood & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Gardner, Snarch & Allen, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Vancouver.

Question: Les dispositions de la partie 3 de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 121, relatives au partage des biens familiaux, sont-elles constitutionnellement applicables aux terres d'une réserve appartenant à un Indien vu la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6?

Réponse: Non.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Ni la Cour suprême de la Colombie-Britannique que ni la Cour d'appel n'ont adjugé de dépens. De même je suis d'avis de ne pas adjuger de dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Braidwood & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Gardner, Snarch & Allen, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Vancouver.

Pauline Ester Paul *Appellant*;

and

Edward Gordon Paul *Respondent*;

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Québec *Interveners.*

File No.: 19048.

1985: November 7; 1986: March 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Indians — Reserved lands — Matrimonial home — Conflict between federal Indian Act and provincial legislation dealing with occupancy of family residence — Provincial legislation not applicable to a matrimonial home located on an Indian reserve — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 77 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 20, 88.

Family law — Matrimonial home — Indian reserve — Application under provincial legislation for interim occupancy of the family residence located on Indian reserve — Provincial legislation not applicable to Indian reserved lands — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 77 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 20, 88.

Constitutional law — Indians and lands reserved for Indians — Matrimonial home — Provincial legislation dealing with occupancy of family residence not applicable to a matrimonial home located on an Indian reserve — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 77 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 20, 88.

The parties, husband and wife, are members of an Indian Band located in British Columbia. After their separation, appellant was granted pursuant to s. 77 of the *Family Relations Act* the interim possession of the matrimonial home situated on the Band Reserve on a land acquired by the respondent by way of a Certificate of Possession under s. 20 of the *Indian Act*. The order was overturned by a majority of the British Columbia Court of Appeal. This appeal is to determine whether s. 77 of the *Family Relations Act* of British Columbia

Pauline Ester Paul *Appelante*;

et

Edward Gordon Paul *Intimé*;

^a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général du Québec *Intervenants.*

^b

N° du greffe: 19048.

1985: 7 novembre; 1986: 27 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain et La Forest.

^c

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

Indiens — Terres réservées — Résidence familiale — Conflit entre la loi fédérale sur les Indiens et la législation provinciale portant sur l'occupation de la résidence familiale — Législation provinciale inapplicable à une résidence familiale située sur une réserve indienne — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 77 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 20, 88.

^d

^e

Droit de la famille — Résidence familiale — Réserve indienne — Demande en vertu d'une législation provinciale pour l'occupation à titre provisoire de la résidence familiale située sur une réserve indienne — Législation provinciale inapplicable aux terres réservées aux Indiens — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 77 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 20, 88.

^f

^g

Droit constitutionnel — Indiens et terres réservées aux Indiens — Résidence familiale — Législation provinciale portant sur l'occupation de la résidence familiale inapplicable quand cette résidence est située sur une réserve indienne — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 77 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 20, 88.

^h

Les parties, mari et femme, sont membres d'une bande indienne de la Colombie-Britannique. Après leur séparation, l'appelante a obtenu, conformément à l'art. 77 de la *Family Relations Act*, la possession, à titre de mesure provisoire, de la résidence familiale. Celle-ci est située sur la réserve de la bande, sur une terre acquise par l'intimé par voie de certificat de possession en conformité avec l'art. 20 de la *Loi sur les Indiens*. L'ordonnance a été infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité. Le présent pourvoi

ⁱ

^j

relating to occupancy of the family residence applied to a family residence located on a land in an Indian Reserve.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 77 of the *Family Relations Act* is not applicable to a family residence located on Indian reserved lands. This case is indistinguishable from *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285.

Cases Cited

Derrickson v. Derrickson, [1986] 1 S.C.R. 285, aff'g [1984] 2 W.W.R. 754 (B.C.C.A.), applied.

Statutes and Regulations Cited

Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 77.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 20, 88.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 12 D.L.R. (4th) 462, 55 B.C.L.R. 99, [1984] 5 W.W.R. 515, [1985] 2 C.N.L.R. 93, setting aside a judgment of Cooper L.J.S.C. (1984), 9 D.L.R. (4th) 220, 53 B.C.L.R. 27, 39 R.F.L. (2d) 109, [1984] 4 C.N.L.R. 37, granting an interim order to the appellant for the exclusive occupancy of the matrimonial home pursuant to s. 77 of the *Family Relations Act* of British Columbia. Appeal dismissed.

Nicholas W. Lott and Robert G. W. Lapper, for the appellant.

Thomas M. R. Irwin, for the respondent.

Gerald Donegan, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Howard R. Eddy, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

CHOUINARD J.—The constitutional question stated in this appeal is as follows:

visé à déterminer si l'art. 77 de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique qui porte sur l'occupation de la résidence familiale, s'applique à une résidence familiale située sur une terre dans une réserve indienne.

a Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'article 77 de la *Family Relations Act* ne s'applique pas à une résidence familiale située sur des terres réservées aux Indiens. La présente affaire ne saurait être distinguée de l'arrêt *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285.

b

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, confirmant [1984] 2 W.W.R. 754 (C.A.C.-B.)

c

Lois et règlements cités

Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 77.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 20, 88.

d

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 12 D.L.R. (4th) 462, 55 B.C.L.R. 99, [1984] 5 W.W.R. 515, [1985] 2 C.N.L.R. 93, qui a infirmé le jugement du juge Cooper, juge local de la Cour suprême, (1984), 9 D.L.R. (4th) 220, 53 B.C.L.R. 27, 39 R.F.L. (2d) 109, [1984] 4 C.N.L.R. 37, qui accordait, à titre de mesure provisoire, à l'appelante, l'occupation exclusive de la résidence familiale en conformité de l'art. 77 de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté.

e

f

Nicholas W. Lott et Robert G. W. Lapper, pour l'appelante.

Thomas M. R. Irwin, pour l'intimé.

Gerald Donegan, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

h

Howard R. Eddy, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

René Morin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CHOUINARD—La question constitutionnelle que pose le pourvoi est ainsi rédigée:

j

Are the provisions of s. 77 of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, invalid, inapplicable, inoperative or of no force and effect, when applied to a family residence located on land in an Indian Reserve, by reason of s. 20 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6?

Section 77 provides:

77. (1) An order under this section is for temporary relief pending determination of the rights to the property of the spouses by agreement or by a court having jurisdiction in those matters.

(2) A court may make an order under this section respecting property that is owned or leased by one or both spouses and is or has been

(a) occupied by the spouses as their family residence; or

(b) personal property used or stored at the family residence.

(3) On application, the court may order that one spouse for a stated period

(a) be given exclusive occupancy of the family residence; or

(b) to the exclusion of the other spouse may use all or part of the personal property at the family residence.

(4) An order under subsection (3) does not authorize the spouse to materially alter the substance of the family residence or personal property. A spouse does not acquire a proprietary interest on the making of an order under this section.

(5) Subject to section 78, a right of a spouse to exclusive occupancy or use ordered under this section shall not continue after the rights of the other spouse, or of both spouses, as owner or lessee are terminated.

(6) Nothing in this section prevents the filing of an entry under the *Land (Wife Protection) Act*.

The respondent does not take issue with the following statement of facts and procedural history set out in the appellant's factum:

The Appellant and the Respondent are both native Indians and members of the Tsartlip Indian Band, located near Sidney, British Columbia.

Les dispositions de l'art. 77 de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 121, sont-elles invalides, inapplicables, inopérantes ou nulles et sans effet dans la mesure où elles visent une résidence familiale située dans une réserve indienne, en raison de l'art. 20 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6?

L'article 77 porte:

[TRADUCTION] 77. (1) Une ordonnance rendue en vertu du présent article vise à accorder un redressement provisoire en attendant que les droits sur les biens des époux soient déterminés par entente ou par une cour compétente en la matière.

(2) Une cour peut rendre une ordonnance en vertu du présent article relativement à tout bien appartenant à l'un ou l'autre des époux ou aux deux ou loué par l'un ou l'autre ou les deux,

a) qu'ils occupent ou ont occupé comme résidence familiale, ou

b) qui est un bien meuble utilisé ou gardé à la résidence familiale.

(3) La cour peut, sur demande, ordonner que pendant une période déterminée,

a) l'occupation exclusive de la résidence familiale soit accordée à l'un des époux, ou

b) l'un des époux puisse, à l'exclusion de l'autre, utiliser la totalité ou une partie des biens meubles se trouvant à la résidence familiale.

(4) Une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (3) n'autorise pas l'époux à modifier sensiblement la nature de la résidence familiale ni celle des biens meubles. Une ordonnance rendue en vertu du présent article n'attribue pas un droit de propriété à un époux.

(5) Sous réserve de l'article 78, le droit d'un époux à l'occupation ou à l'utilisation exclusive accordé en vertu du présent article prend fin dès l'extinction des droits de l'autre époux, ou des deux, comme propriétaire ou locataire.

(6) Rien au présent article n'empêche le dépôt d'un bref de possession en vertu de la *Land (Wife Protection) Act*.

L'intimé ne conteste pas l'exposé suivant des faits et du déroulement de la procédure figurant dans le mémoire de l'appelante:

[TRADUCTION] L'appelante et l'intimé sont tous deux des Indiens de naissance et membres de la bande indienne Tsartlip, installée près de Sidney (Colombie-Britannique).

The Appellant and the Respondent have been married for 19 years, since May 7, 1966. There are three children of the marriage, two girls and a boy, whose ages range from 8 years to 18 years.

In June, 1968, the Respondent acquired land on the Tsartlip Band Reserve by way of a Certificate of Possession pursuant to Section 20 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6.

The parties built a home on the land which has been the matrimonial home for the past 16 years.

The parties have separated on two occasions. The first occasion was from July, 1982, to October, 1982, and the second occasion from July, 1983, to the present date.

On both occasions the children remained with the Appellant. The Respondent paid the Appellant some interim support. On both occasions the Appellant sought interim possession of the matrimonial home, for herself and the children.

On the first occasion, interim possession of the matrimonial home was granted to the Appellant by the Order of Mr. Justice McKenzie, of the Supreme Court of British Columbia. The Reasons for Judgment are reported at [1983] 2 W.W.R. 186. The parties reconciled prior to the matter coming to trial.

On the second occasion, the Appellant was again granted interim possession of the matrimonial home by His Honour Judge Cooper, in March, 1984. That Order was overturned by a majority of the British Columbia Court of Appeal in July, 1984. The matter has not yet been set for trial. This Appeal is taken from the decision of the British Columbia Court of Appeal.

The Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Quebec intervened in this appeal in support of the appellant, the Attorney General of Canada in support of the respondent.

In *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285, in which judgment is being delivered today, this Court, affirming the judgment of the Court of Appeal of British Columbia, [1984] 2 W.W.R. 754, has decided that the provisions of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, relating to the division of family assets are not applicable to reserve lands.

L'appelante et l'intimé sont mariés depuis 19 ans, soit depuis le 7 mai 1966. De ce mariage, sont nés trois enfants, deux filles et un garçon, âgés de 8 à 18 ans.

^a En juin 1968, l'intimé a acquis un bien-fonds sur la réserve de la bande Tsartlip, par obtention d'un certificat de possession, conformément à l'art. 20 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6.

^b Les parties ont construit une habitation sur ce terrain, qui a servi de résidence familiale durant les 16 dernières années.

^c Les parties se sont séparées à deux occasions. La première fois, de juillet 1982 à octobre 1982 et la seconde, de juillet 1983 à aujourd'hui.

^d À ces deux occasions, les enfants ont continué d'habiter avec l'appelante. L'intimé a payé à l'appelante une pension alimentaire à titre de mesure provisoire. À ces deux occasions aussi, l'appelante a demandé, à titre de mesure provisoire, la possession de la résidence familiale, pour elle-même et les enfants.

^e La première fois, la possession de la résidence familiale, à titre de mesure provisoire, a été accordée à l'appelante par ordonnance du juge McKenzie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Les motifs de ce jugement sont rapportés à [1983] 2 W.W.R. 186. Les parties se sont réconciliées avant que l'affaire soit jugée au fond.

^f La seconde fois, le juge Cooper a de nouveau accordé à l'appelante la possession de la résidence familiale, à titre de mesure provisoire, en mars 1984. Cette ordonnance a été infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, en juillet 1984. L'affaire au fond n'est pas encore en état. Le pourvoi attaque la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

^g Le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général du Québec interviennent au pourvoi en faveur de l'appelante et le procureur général du Canada, en faveur de l'intimé.

ⁱ Dans l'arrêt *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, rendu ce jour, la Cour, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1984] 2 W.W.R. 754, décide que les dispositions de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 121, concernant le partage des biens familiaux ne sont pas applicables aux terres des réserves.

The only question remaining is whether this case can be distinguished from *Derrickson* on the basis that the order sought in this case is for "occupancy" on an interim basis, not for a division of the husband's interest in the Certificate of Possession.

The trial judge (1984), 9 D.L.R. (4th) 220, did distinguish *Derrickson*. He relied on the following passage, at p. 189, of the judgment of McKenzie J., [1983] 2 W.W.R. 186, who had granted an order for occupancy on the occasion of the first separation of the parties:

... while lawful possession of land can only be allotted to an Indian by the band council, with the approval of the minister, there is no provision made by or under the Indian Act which prevents the giving by this Court under s. 77 of the Family Relations Act, for a stated period, exclusive occupancy of the land to the wife and children to the exclusion of the husband. Such an order could not displace the husband's lawful possession of the land, allotted to him under s. 20 of the Indian Act, but it can temporarily displace his right to share occupancy of the land.

The trial judge then went on to say at pp. 223-24:

The husband, while holding a certificate of possession exclusively in his name, did in fact share the actual occupancy of the home with his wife and children for a number of years. That occupancy in no way affected his right to lawful possession and the court is not being now asked to alter or vary that right as it was asked in the *Derrickson* case.

Section 28(1) of the *Indian Act* renders void any attempt to permit a person other than a member of a band to occupy or use reserve land. It by implication lawfully permits such occupancy by another band member. The husband as well as his wife and children are all band members and thus are all lawfully permitted to occupy the lands. The Act thus recognizes the distinction between lawful possession and the right to occupy.

The majority of the Court of Appeal (1984), 12 D.L.R. (4th) 462, was of the contrary view that *Derrickson* is indistinguishable.

La seule question qui reste à trancher est de savoir si l'affaire peut être distinguée de l'affaire *Derrickson* parce que l'ordonnance demandée en l'espèce accorderait un droit «d'occupation» à titre provisoire, sans entraîner un partage du droit du mari sur le certificat de possession.

Le juge de première instance (1984), 9 D.L.R. (4th) 220, a effectivement distingué l'espèce de l'affaire *Derrickson*. Il s'est appuyé sur le passage suivant, à la p. 189, du jugement du juge McKenzie, [1983] 2 W.W.R. 186, qui a rendu l'ordonnance sur l'occupation de la résidence lorsque les parties se sont séparées pour la première fois:

[TRADUCTION] ... si la possession légale d'un bien-fonds ne peut être attribuée qu'à un Indien par le conseil de la bande, avec l'approbation du Ministre, aucune disposition de la Loi sur les Indiens n'interdit à la Cour d'octroyer, en vertu de l'art. 77 de la Family Relations Act, pour la période qu'elle fixe, un droit d'occupation exclusive du bien-fonds à la femme et aux enfants, à l'exclusion du mari. Une telle ordonnance ne peut supplanter la possession légale du bien-fonds par le mari, qui lui est attribuée par l'art. 20 de la Loi sur les Indiens, mais elle peut provisoirement supplanter son droit de partager l'occupation du terrain.

Le juge de première instance poursuit alors, aux pp. 223 et 224:

[TRADUCTION] Le mari, tout en étant titulaire d'un certificat de possession exclusivement à son nom a en fait partagé l'occupation réelle de son foyer avec sa femme et ses enfants durant plusieurs années. Cette occupation n'a aucunement porté atteinte à son droit à la possession légale et on ne demande pas maintenant à la Cour de modifier ce droit comme on l'a demandé dans l'affaire *Derrickson*.

Le paragraphe 28(1) de la *Loi sur les Indiens* entache de nullité toute tentative d'autoriser une personne, autre qu'un membre d'une bande, à occuper ou utiliser une terre de réserve. Par déduction, il autorise légalement une telle occupation par un autre membre de la bande. Le mari, sa femme et ses enfants sont tous membres de la bande et donc sont légalement autorisés à occuper les terres. La Loi reconnaît donc la distinction entre la possession légale et le droit d'occupation.

La Cour d'appel, à la majorité (1984), 12 D.L.R. (4th) 462, a au contraire été d'avis qu'on ne pouvait pas faire de distinction d'avec l'arrêt *Derrickson*.

Seaton J.A. wrote at p. 465:

I am unable to distinguish the *Derrickson* case on the basis that it dealt with possession whereas here we are only dealing with occupation. I think the distinction too fine. Occupation is part of possession.

In concurring reasons, Hutcheon J.A. wrote at p. 467:

... legal rights to that land cannot be decided under the *Family Relations Act* in its present form.

I agree with Seaton and Hutcheon J.A. This case is indistinguishable from *Derrickson*. To hold otherwise would mean that the husband by virtue of his Certificate of Possession would be entitled to possession and consequently to occupation of the family residence while the wife, by an order made under the *Family Relations Act* would be entitled to interim exclusive occupancy of the same residence. In my view, with respect, even assuming that s. 88 of the *Indian Act* applies to lands reserved for the Indians, the provisions of s. 77 relating to occupancy of the family residence on the reserve are in "actual conflict" with the provisions of the *Indian Act*. See *Derrickson v. Derrickson*.

I would answer the constitutional question as follows:

Question: Are the provisions of s. 77 of the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, invalid, inapplicable, inoperative or of no force and effect, when applied to a family residence located on land in an Indian Reserve, by reason of s. 20 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6?

Answer: The provisions of s. 77 of the *Family Relations Act* are inapplicable to a family residence located on land in an Indian Reserve.

I would dismiss the appeal. No order as to costs was made by the Supreme Court nor by the Court of Appeal. I would likewise make no order as to costs.

Le juge Seaton écrit à la p. 465:

[TRADUCTION] Je suis incapable de distinguer l'espèce de l'affaire *Derrickson*, parce qu'elle traiterait de la possession, alors qu'en l'espèce nous ne sommes saisis que d'une occupation. Je pense que la distinction est trop ténue. L'occupation fait partie intégrante de la possession.

Dans ses motifs concordants, le juge Hutcheon écrit, à la p. 467:

[TRADUCTION] ... les droits qu'on peut exercer sur ce bien-fonds ne peuvent être déterminés en vertu de la *Family Relations Act* en sa forme actuelle.

Je suis du même avis que les juges Seaton et Hutcheon. Cette affaire ne peut être distinguée de l'affaire *Derrickson*. Décider le contraire signifierait que le mari, en vertu de son certificat de possession, a droit à la possession et, par conséquent, à l'occupation de la résidence familiale, alors que la femme, par ordonnance rendue en vertu de la *Family Relations Act*, aurait droit à l'occupation exclusive provisoire de la même résidence. À mon avis, avec égards, même dans l'hypothèse où l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* s'appliquerait aux terres réservées aux Indiens, les dispositions de l'art. 77 relatives à l'occupation de la résidence familiale sur la réserve sont en «conflit véritable» avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Voir *Derrickson c. Derrickson*.

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

Question: Les dispositions de l'art. 77 de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 121, sont-elles invalides, inapplicables, inopérantes ou nulles et sans effet dans la mesure où elles visent une résidence familiale située dans une réserve indienne, en raison de l'art. 20 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6?

Réponse: Les dispositions de l'art. 77 de la *Family Relations Act* sont inapplicables à une résidence familiale située dans une réserve indienne.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Ni la Cour suprême ni la Cour d'appel n'ont adjugé de dépens. De même, je suis d'avis de ne pas en adjuger.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: McKimm & Lott, Sidney.

Solicitors for the respondent: Henley & Walden, Sidney.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: René Morin and Jean Bouchard, Ste-Foy.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: McKimm & Lott, Sidney.

^a *Procureurs de l'intimé: Henley & Walden, Sidney.*

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

^b *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

^c *Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: René Morin et Jean Bouchard, Ste-Foy.*

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Gordon James Elmer Hill *Respondent*.

File No.: 17457.

1985: February 21; 1986: April 24.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Provocation — “Ordinary person” standard — Whether or not “ordinary person” means ordinary person of same age and sex as accused — Whether standard correctly and clearly explained in charge to jury — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 215(1), (2).

Respondent was convicted of second degree murder for a fatal stabbing. He was sixteen when the incident occurred and testified that he had reacted to the victim's uninvited homosexual advances. He relied on the defences of provocation and self-defence. The Court of Appeal ordered a new trial because the trial judge failed to charge the jury that the objective “ordinary person” standard for the defence of provocation had to take account of the age and sex of the accused. The central question here was how the objective test for the provocation defence was to be formulated and the extent to which characteristics peculiar to the individual accused could be taken into account.

Held (Lamer, Wilson and Le Dain JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Estey, Chouinard and La Forest JJ.: The trial judge's charge to the jury as to the ordinary person standard in the defence of provocation was consistent with the requirements of the *Criminal Code* and was correct in law. It was not necessary to direct the jury that the ordinary person means an ordinary person of the same age and sex as the accused.

The ordinary or reasonable person has a normal temperament and level of self-control and is not exceptionally excitable, pugnacious or in a state of drunkenness. In terms of other characteristics of the ordinary person, the “collective good sense” of the jury will lead it to ascribe

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Gordon James Elmer Hill *Intimé*.

N° du greffe: 17457.

1985: 21 février; 1986: 24 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Droit criminel — Provocation — Norme de la «personne ordinaire» — Une «personne ordinaire» désigne-t-elle une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l'accusé? — La norme a-t-elle été correctement et clairement expliquée dans l'exposé au jury? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 215(1), (2).

L'intimé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré pour avoir mortellement poignardé quelqu'un. Il était âgé de seize ans au moment de l'incident et a témoigné qu'il avait réagi aux avances sexuelles non sollicitées de la victime. Il a invoqué les moyens de défense de provocation et de légitime défense. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès parce que le juge du procès n'a pas expliqué au jury que la norme objective de la «personne ordinaire» dans la défense de provocation devait tenir compte de l'âge et du sexe de l'accusé. La question principale en l'espèce est de savoir de quelle manière devait être formulé le critère objectif de la défense de provocation et dans quelle mesure on devait tenir compte des caractéristiques particulières de la personne accusée.

Arrêt (les juges Lamer, Wilson et Le Dain sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Chouinard et La Forest: L'exposé du juge du procès au jury sur la norme de la personne ordinaire dans la défense de provocation était conforme aux exigences du *Code criminel* et correcte en droit. Il n'était pas nécessaire d'expliquer au jury que la personne ordinaire désigne une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l'accusé.

La personne ordinaire ou raisonnable a un tempérament normal et un niveau normal de maîtrise de soi, et n'est pas exceptionnellement excitable ou querelleuse ni dans un état d'ébriété. Pour ce qui est des autres caractéristiques de la personne ordinaire, le «bon sens collec-

to the ordinary person any general characteristics relevant to the provocation in question. Since features such as sex, age, or race, do not detract from a person's characterization as ordinary, particular characteristics that are not peculiar or idiosyncratic can be ascribed to an ordinary person without subverting the logic of the objective test. It would be impossible to conceptualize a sexless or ageless ordinary person. The central criterion, however, is the relevance of the particular feature to the provocation in question.

It should be noted that the trial judge in each case is not bound to tell the members of the jury what specific attributes they are to ascribe to the ordinary person. In applying their common sense to the factual determination of the objective test, jury members will quite naturally and properly ascribe certain characteristics to the "ordinary person".

The second test of provocation involves an assessment of what actually occurred in the mind of the accused. The trial judge must make clear to the jury that its task at this point is to ascertain whether the accused was in fact acting as a result of provocation. In this regard, a trial judge may wish to remind jury members that they are entitled to take into account the accused's mental state and psychological temperament.

The trial judge did not err in failing to specify that the ordinary person, for the purposes of the objective test of provocation, is deemed to be of the same sex and age as the accused. It is neither wise nor necessary to make this a mandatory component of all jury charges on provocation. The judge's charge on the subjective prong of the provocation defence would not have misled the average juror with respect to the objective test when viewed in the context of the charge as a whole.

Per McIntyre J.: Section 215 of the *Criminal Code* established the standard of the ordinary person as the standard applicable to all persons in determining what will amount to provocation. This standard means an ordinary person of either sex, not exceptionally excitable or pugnacious, but possessed of such powers of self-control as everyone is entitled to expect that his fellow citizens will exercise in today's society. If the allegedly provocative conduct will not cause this ordinary person to lose "the power of self-control", there can be no application of the defence. Where the threshold is passed, however, the act meets the test for provocation and consideration may be given to the defence. If the accused lost self-control through that provocation and if he acted on the sudden before his passion cooled, the

tif» du jury l'amènera à attribuer à la personne ordinaire toutes les caractéristiques générales pertinentes relativement à la provocation en question. Étant donné les caractéristiques comme le sexe, l'âge ou la race n'empêchent pas qu'une personne puisse être qualifiée d'ordinaire, certaines caractéristiques qui ne sont ni particulières ni une idiosyncrasie peuvent être attribuées à une personne ordinaire sans bouleverser la logique du critère objectif. Il serait impossible d'imaginer une personne ordinaire sans sexe ou sans âge. Toutefois, le critère central est la pertinence de la caractéristique particulière à l'égard de la provocation en question.

Il faut souligner que le juge du procès n'est pas tenu, dans chaque cas, de dire aux jurés quelles caractéristiques précises doivent être attribuées à la personne ordinaire. En appliquant leur bon sens à la détermination factuelle du critère objectif, les jurés vont tout naturellement et correctement attribuer certaines caractéristiques à la «personne ordinaire».

Le second critère de la provocation comporte une évaluation de ce qui s'est réellement passé dans l'esprit de l'accusé. Le juge du procès doit expliquer clairement au jury que sa fonction à ce stade est d'examiner si l'accusé agissait en fait par suite d'une provocation. À cet égard, le juge du procès peut désirer rappeler aux jurés qu'ils ont le droit de tenir compte de l'état mental de l'accusé et de son profil psychologique.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur en omettant de préciser que la personne ordinaire, aux fins du critère objectif de la provocation, est présumée être du même âge et du même sexe que l'accusé. Il n'est ni sage ni nécessaire d'en faire une composante obligatoire de tous les exposés au jury portant sur la provocation. Les directives du juge du procès sur le volet subjectif de la défense de provocation n'auraient pas trompé le juré moyen en ce qui a trait au critère objectif pris dans le contexte de l'ensemble de l'exposé.

Le juge McIntyre: L'article 215 du *Code criminel* établit la norme de la personne ordinaire en tant que norme applicable à tous pour déterminer ce qui constitue la provocation. Cette norme désigne une personne ordinaire de l'un ou l'autre sexe, qui n'est pas exceptionnellement excitable ou querelleuse, mais qui possède les pouvoirs de se maîtriser ce que toute personne a le droit d'attendre de ses concitoyens dans la société actuelle. Si la conduite qu'on prétend provocatrice ne fait pas perdre à cette personne ordinaire «le pouvoir de se maîtriser», on ne peut appliquer le moyen de défense. Toutefois, lorsque cette étape préliminaire est franchie, l'acte satisfait au critère de la provocation et on peut prendre la défense en considération. Si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par cette provocation et qu'il a

defence applies. The jury applies the subjective test in making this last determination and considers the individual characteristics of the accused which could affect his reaction to the insult or wrongful act.

Per Lamer J. dissenting in result: When giving content to the ordinary person standard, age is a relevant consideration when dealing with a young accused person and will be an important contextual consideration for a jury assessing the reaction of the ordinary person in those circumstances. It was not mandatory that the judge instruct the jury that the ordinary person is deemed to be of the same age and sex as the accused for the objective test of provocation. In some cases, however, failure to do so would be unfair and constitute reversible error, not because of a special rule applicable to charges on provocation, but because of the general rule that the judge's charge be fair.

The trial judge here erred when he gave instructions to the jury tantamount to excluding age as a relevant factor when addressing the "first leg" of the provocation test. The jury here must have understood, from the charge, that the objective test excluded consideration of age while the subjective test did not and that the accused's age could be considered at that later stage.

Per Wilson J., dissenting: Subjective character traits cannot be taken into account in measuring an accused's acts against the objective standard of the "ordinary person" at the first stage of the provocation defence. To do so would undermine the basic principles of equality and individual responsibility. However, the accused's physical characteristics and the circumstances in which he is found can be considered in applying the objective "ordinary person" test if they are relevant in placing the wrongful act or insult in its proper context for the purpose of assessing its gravity. The jury must be directed to consider any facts which make the wrongful act or insult comprehensible to them in the same way that it was comprehended by the accused and then, having appreciated the factual context in which that wrongful act or insult took place, measure the accused's response to this insult against the objective standard of the ordinary person similarly situated and similarly insulted.

agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid, le moyen de défense s'applique. En faisant cette dernière détermination, le jury applique le critère subjectif et considère les caractéristiques personnelles de l'accusé qui pouvaient affecter sa réaction à l'action injuste ou à l'insulte.

Le juge Lamer, dissident quant au résultat: Lorsqu'on donne un contenu à la norme de la personne ordinaire, l'âge constitue une considération pertinente lorsque nous avons affaire à un jeune accusé et constituera une considération importante dans le contexte quand un jury évalue la réaction de la personne ordinaire placée dans cette situation. Il n'est pas obligatoire que le juge dise au jury que la personne ordinaire, aux fins du critère objectif de la provocation, est présumée être du même âge et du même sexe que l'accusé. Toutefois dans certains cas, l'omission de le faire pourrait être injuste et constituer une erreur donnant lieu à cassation, non pas parce qu'une règle spéciale s'applique aux exposés sur la provocation, mais plutôt en vertu de la règle générale que l'exposé du juge au jury doit être équitable.

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a donné des directives au jury équivalant à exclure l'âge comme un facteur pertinent lors de son examen de la «première partie» du critère de la provocation. Le jury en l'espèce a dû comprendre, d'après l'exposé, que le critère objectif excluait la considération de l'âge, tandis que le critère subjectif ne l'excluait pas et qu'il pouvait tenir compte de l'âge de l'accusé à ce dernier stade.

Le juge Wilson, dissidente: Les traits de caractère subjectifs ne peuvent pas être pris en considération pour mesurer les actes de l'accusé par rapport à la norme objective de la «personne ordinaire» à la première étape de l'analyse de la défense de provocation. Le faire saperait les principes fondamentaux d'égalité et de responsabilité individuelle. Toutefois, on peut tenir compte des caractéristiques physiques de l'accusé et des circonstances dans lesquelles il se trouve pour appliquer le critère objectif de la «personne ordinaire», si elles sont pertinentes pour placer l'action injuste ou l'insulte dans son véritable contexte afin d'en évaluer la gravité. Il faut dire au jury qu'il doit tenir compte de tous les faits qui lui permettent de comprendre l'action injuste ou l'insulte de la même manière que l'accusé l'a comprise et puis, après avoir apprécié le contexte factuel dans lequel cette action injuste ou insulte s'est produite, qu'il doit jauger la réaction de l'accusé à cette insulte en fonction de la norme objective de la personne ordinaire placée dans une situation semblable et soumise à une insulte semblable.

The legal system, to accurately reflect the view of children as being in the developmental stages *en route* to full functioning capability as adults, must measure their actions against a standard culminating in that of the ordinary adult. The standard of the ordinary adult, therefore, must be adjusted to an incremental scale reflecting the reduced responsibility of the accused resulting from his age.

Given the objective test of the "ordinary person" similarly situated and similarly insulted, the fact that the victim of the assault was male and that the assault was homosexual may be properly considered.

Per Le Dain J., dissenting: The youth of the accused was relevant to the consideration by the jury whether there had been a wrongful act or insult of such a nature as to be sufficient to deprive the ordinary person of the power of self-control. The accused's age was relevant to the standard of self-control of the ordinary person rather than to the gravity of the provocation: *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705. The trial judge's charge to the jury was calculated to lead the jury to conclude that they should not consider the age of the accused with reference to whether there had been a wrongful act or insult of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, but only with reference to whether the accused acted upon the provocation on the sudden and before there was time for his passion to cool. For this reason the appeal should be dismissed. As to whether the trial judge was required to say anything concerning the age and sex of the accused: the sex of the accused and its relevance to the nature and gravity of the provocation were obvious and did not require any observation from the trial judge; the relative youth of the accused would also presumably be obvious but its relevance as a matter of law to the question whether there had been wrongful act or insult of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control might be less obvious to a jury and should probably have been drawn to their attention.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Director of Public Prosecutions v. Camplin, [1978] A.C. 705; *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119, considered; *R. v. Hayward* (1833), 6 C. & P. 157; *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *R. v. Lesbini* (1914), 11 Cr. App. R. 7; *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1; *Taylor*

Le système juridique, pour refléter fidèlement la conception selon laquelle les enfants traversent divers stades d'évolution en cheminant vers l'exercice complet de leurs capacités d'adulte, doit jauger leurs actes en fonction d'une norme qu'ils atteignent à l'âge adulte. La norme applicable aux adultes ordinaires doit donc être modifiée d'une façon graduelle qui tient compte de la responsabilité réduite de l'accusé à cause de son âge.

Compte tenu de la norme objective de la «personne ordinaire» placée dans une situation semblable et soumise à une insulte semblable, le fait que la victime de l'agression est une personne de sexe masculin et qu'il s'agit d'une agression homosexuelle peut valablement entrer en ligne de compte.

Le juge Le Dain, dissident: La jeunesse de l'accusé est pertinente pour le jury lorsqu'il examine s'il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. L'âge de l'accusé est pertinent relativement à la norme de maîtrise de soi de la personne ordinaire plutôt que relativement à la gravité de la provocation: *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705. L'exposé du juge du procès au jury visait à amener ce dernier à conclure qu'il ne devait pas tenir compte de l'âge de l'accusé pour ce qui est de savoir s'il y avait eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, mais seulement pour ce qui est de savoir si l'accusé avait agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Pour ce motif, ce pourvoi doit être rejeté. Quant à savoir si le juge du procès devait dire quelque chose au sujet de l'âge et du sexe de l'accusé: le sexe de l'accusé et sa pertinence relativement à la gravité de la provocation étaient évidents et ne nécessitaient pas de commentaires de la part du juge du procès. La jeunesse relative de l'accusé était aussi probablement évidente, mais sa pertinence, en droit, relativement à la question de savoir s'il y avait eu une action injuste ou une insulte d'une nature telle qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, pouvait être moins évidente pour un jury et aurait probablement dû être portée à son attention.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts examinés: *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705; *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119; arrêts mentionnés: *R. v. Hayward* (1833), 6 C. & P. 157; *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *R. v. Lesbini* (1914), 11 Cr. App. R. 7; *Mancini v. Director of Public Prosecutions*,

v. *The King*, [1947] S.C.R. 462; *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335; R. v. *Clark* (1974), 22 C.C.C. (2d) 1; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, affirming (1971), 5 C.C.C. (2d) 11; R. v. *Hill* (1982), 2 C.C.C. (3d) 394; R. v. *Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542; R. v. *McCarthy*, [1954] 2 Q.B. 105, referred to.

By McIntyre J.

Director of Public Prosecutions v. Camplin, [1978] A.C. 705; *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462; *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335, referred to.

By Wilson J. (dissenting)

Bedder v. Director of Public Prosecutions, [1954] 1 W.L.R. 1119; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, affirming (1971), 5 C.C.C. (2d) 11; *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705; *Vaughan v. Menlove* (1837), 3 Bing N.C. 468; R. v. *Lesbini* (1914), 11 Cr. App. R. 7; *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1; *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335; R. v. *Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542; R. v. *Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; R. v. *Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Wittingham v. Hill* (1619), Cro. Jac. 494, 79 E.R. 421; *McEllistrum v. Etches*, [1956] S.C.R. 787; *Walmsley v. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232; *McHale v. Watson* (1966), 115 C.L.R. 199.

By Le Dain J. (dissenting)

Director of Public Prosecutions v. Camplin, [1978] A.C. 705.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 215(1), (2), (3), 218(1).
Homicide Act, 1957 (U.K.), 5 & 6 Eliz. 2, c. 11, s. 3.
Young Offenders Act, 1980-81-82-83 (Can.), c. 110.

Authors Cited

Fleming, John J. *The Law of Torts*, 6th ed., Sydney, Law Book Co., 1983.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 2 C.C.C. (3d) 394, 32 C.R. (3d) 88, allowing an appeal from a conviction by

[1942] A.C. 1; *Taylor v. The King*, [1947] R.C.S. 462; *Salamon v. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *Wright v. The Queen*, [1969] R.C.S. 335; R. v. *Clark* (1974), 22 C.C.C. (2d) 1; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, confirmant (1971), 5 C.C.C. (2d) 11; R. v. *Hill* (1982), 2 C.C.C. (3d) 394; R. v. *Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542; R. v. *McCarthy*, [1954] 2 Q.B. 105.

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705; *Taylor v. The King*, [1947] R.C.S. 462; *Salamon v. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *Wright v. The Queen*, [1969] R.C.S. 335.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Bedder v. Director of Public Prosecutions, [1954] 1 W.L.R. 1119; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, confirmant (1971), 5 C.C.C. (2d) 11; *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705; *Vaughan v. Menlove* (1837), 3 Bing N.C. 468; R. v. *Lesbini* (1914), 11 Cr. App. R. 7; *Salamon v. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1; *Wright v. The Queen*, [1969] R.C.S. 335; R. v. *Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542; R. c. *Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; R. c. *Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Wittingham v. Hill* (1619), Cro. Jac. 494, 79 E.R. 421; *McEllistrum v. Etches*, [1956] R.C.S. 787; *Walmsley v. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232; *McHale v. Watson* (1966), 115 C.L.R. 199.

f Citée par le juge Le Dain (dissident)

Director of Public Prosecutions v. Camplin, [1978] A.C. 705.

g Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 215(1), (2), (3), 218(1).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III.
Homicide Act, 1957 (U.K.), 5 & 6 Eliz. 2, chap. 11, art. 3.
Loi sur les jeunes contrevenants, 1980-81-82-83 (Can.), chap. 110.

i Doctrine citée

Fleming, John J. *The Law of Torts*, 6th ed., Sydney, Law Book Co., 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 2 C.C.C. (3d) 394, 32 C.R. (3d) 88, qui a accueilli l'appel d'une déclaration de

Walsh J. and ordering a new trial. Appeal allowed, Lamer, Wilson and Le Dain JJ. dissenting.

Edward Then, Q.C., for the appellant.

T. G. O'Hara and D. F. Caldwell, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Estey, Chouinard and La Forest JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—Gordon James Elmer Hill was charged with committing first degree murder at the City of Belleville, County of Hastings, on the person of Verne Pegg, contrary to s. 218(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. He was found by the jury not guilty of first degree murder but guilty of second degree murder. He was sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until ten years of his sentence had been served.

Hill appealed his conviction to the Court of Appeal of Ontario. He raised many grounds of appeal, but the Court of Appeal called upon the Crown with respect to one ground only, relating to the charge on the issue of provocation. The ground of appeal was that the trial judge failed to instruct the jury properly as to the "ordinary person" in s. 215(2) of the *Criminal Code*. Section 215 of the *Code* reads in part:

215. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted upon it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

These two subsections, given their plain meaning, produce three sequential questions for answer by the tribunal:

1. Would an ordinary person be deprived of self-control by the act or insult?

culpabilité prononcée par le juge Walsh et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Lamer, Wilson et Le Dain sont dissidents.

Edward Then, c.r., pour l'appelante.

T. G. O'Hara et D. F. Caldwell, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Estey, Chouinard et La Forest rendu par

LE JUGE EN CHEF—Gordon James Elmer Hill a été accusé d'avoir commis un meurtre au premier degré dans la ville de Belleville, comté de Hastings, sur la personne de Verne Pegg, contrairement au par. 218(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Le jury l'a déclaré non coupable de meurtre au premier degré mais coupable de meurtre au deuxième degré. Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans pouvoir être admissible au régime de libération conditionnelle avant d'avoir purgé dix ans de sa peine.

Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario. Il a soulevé plusieurs moyens d'appel, mais la Cour d'appel a demandé à la poursuite de présenter des arguments à l'égard d'un moyen seulement, celui qui concerne l'exposé sur la question de la provocation. Le moyen d'appel portait que le juge du procès n'avait pas donné de directives appropriées au jury sur la «personne ordinaire» au sens du par. 215(2) du *Code criminel*. L'article 215 du *Code* se lit en partie comme suit:

215. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation aux fins du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

Vu le sens manifeste de ces deux paragraphes, il en découle trois questions auxquelles le tribunal doit répondre:

1. Une personne ordinaire serait-elle privée de la maîtrise d'elle-même par l'action ou l'insulte?

2. Did the accused in fact act in response to those “provocative” acts; in short was he or she provoked by them whether or not an ordinary person would have been?

3. Was the accused’s response sudden and before there was time for his or her passion to cool?

At this stage it is important to recall the presence of subs. (3) of s. 215 which provides:

(3) For the purposes of this section the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact

In the answering of these successive questions, the first or “ordinary person” test is clearly determined by objective standards. The second *de facto* test as to the loss of self-control by the accused is determined, like any other question of fact as revealed by the evidence, from the surrounding facts. The third test as to whether the response was sudden and before passions cooled is again a question of fact.

At the time of the killing, Hill was a male, sixteen years of age. The narrow question in this appeal is whether the trial judge erred in law in failing to instruct the jury that if they found a wrongful act or insult they should consider whether it was sufficient to deprive an ordinary person “of the age and sex of the appellant” of his power of self-control. Was it incumbent in law on the trial judge to add that gloss to the section? That is the issue.

I

The Facts

At trial both parties agreed that it was the acts of Hill which caused the death of Pegg but disagreed otherwise. The position of the Crown at trial was that Hill and Pegg were homosexual lovers and that Hill had decided to murder Pegg

2. L’accusé a-t-il en fait réagi à ces actions «provocantes»? En bref, a-t-il été provoqué par elles, qu’une personne ordinaire l’ait été ou non?

3. L’accusé a-t-il réagi sous l’impulsion du moment et avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid?

À cette étape, il est important de rappeler l’existence du par. (3) de l’art. 215 qui prévoit:

(3) Aux fins du présent article, les questions de savoir

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation, et

b) si l’accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu’il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait

Pour répondre à ces questions successives, le premier critère ou celui de la «personne ordinaire» est nettement déterminé par des normes objectives. Le second critère *de facto* quant à la perte de maîtrise de soi de l’accusé est déterminé, comme toute autre question de fait découlant de la preuve, en fonction des faits. Le troisième critère, à savoir s’il s’agit d’une réaction sous l’impulsion du moment et avant d’avoir repris son sang-froid, est aussi une question de fait.

Au moment de l’incident meurtrier, Hill, une personne de sexe masculin, était âgé de seize ans. La question précise qui est posée dans le présent pourvoi est de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit en ne disant pas au jury dans ses directives que, s’il concluait à l’existence d’une action injuste ou d’une insulte, il devait se demander si elle était suffisante pour priver une personne ordinaire [TRADUCTION] «de l’âge et du sexe de l’appellant» du pouvoir de se maîtriser. Le juge du procès devait-il, en droit, ajouter cette précision à l’article? Voilà la question en litige.

I

Les faits

Au procès, les parties ont convenu que le décès de Pegg avait été causé par les actes de Hill mais elles étaient en désaccord sur les autres points. La poursuite a adopté au procès la position que Hill et Pegg étaient amants homosexuels et que Hill avait

after a falling out between them. The Crown argued that Hill deliberately struck Pegg in the head while Pegg lay in bed. This did not kill Pegg who immediately ran from the bedroom into the bathroom to try and stop the flow of blood from his head. Realizing he had been unsuccessful, Hill took two knives from the kitchen and stabbed Pegg to death.

Hill's version of the events was very different. He admitted to causing the death of Pegg but put forward two defences: self-defence and provocation. Hill testified that he had known Pegg for about a year through the latter's involvement with the "Big Brothers" organization. Hill stated that on the night in question he had been the subject of unexpected and unwelcome homosexual advances by Pegg while asleep on the couch in Pegg's apartment. Pegg pursued Hill to the bathroom and grabbed him, at which time Hill picked up a nearby hatchet and swung it at Pegg in an attempt to scare him. The hatchet struck Pegg in the head. Hill then ran from the apartment but returned shortly afterward. Upon re-entering the apartment, he was confronted by Pegg who threatened to kill him. At this point, Hill obtained two knives from the kitchen and stabbed Pegg to death.

Hill was arrested, after a car chase with the police, at the wheel of a Pontiac automobile owned by Pegg. At the scene of arrest Hill denied knowing Pegg, but later he made a statement to the police which was substantially similar to his oral testimony at trial.

II

The Charge

The trial judge instructed the jury on the defence of provocation in the following terms:

The Criminal Code provides that culpable homicide that would otherwise be murder shall be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

Under the Code, a wrongful act or insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary

décidé de tuer Pegg par suite d'une querelle. La poursuite a soutenu que Hill a délibérément frappé Pegg à la tête alors que celui-ci était couché sur le lit. Ce coup n'a pas tué Pegg qui a immédiatement couru de la chambre à coucher à la salle de bain pour essayer d'arrêter le saignement de sa tête. Réalisant qu'il n'avait pas réussi à le tuer, Hill a pris deux couteaux dans la cuisine et a poignardé Pegg mortellement.

Hill a présenté une version des événements très différente. Il admet avoir causé la mort de Pegg mais a présenté deux défenses: la légitime défense et la provocation. Il a témoigné qu'il connaissait Pegg depuis environ un an parce que ce dernier travaillait dans l'organisme des «Grands frères». Hill a déclaré que la nuit en question, Pegg lui avait fait des avances homosexuelles inattendues et non sollicitées alors qu'il était endormi sur le sofa dans l'appartement de celui-ci. Pegg a poursuivi Hill jusqu'à la salle de bain et l'a attrapé, à ce moment-là, Hill a ramassé une hachette qui était à sa portée et l'a brandie en direction de Pegg pour lui faire peur et l'a atteint à la tête. Hill s'est alors enfui de l'appartement mais est revenu peu après. En entrant dans l'appartement, il s'est trouvé devant Pegg qui a menacé de le tuer. À ce moment, Hill a pris deux couteaux dans la cuisine et a mortellement poignardé Pegg.

Hill a été arrêté, après une poursuite automobile avec la police, au volant d'une voiture de marque Pontiac qui appartenait à Pegg. Sur le lieu de l'arrestation, Hill a nié connaître Pegg, mais par la suite il a fait une déclaration à la police qui était essentiellement semblable à son témoignage au procès.

II

L'exposé

Le juge du procès a instruit le jury sur la défense de provocation de la manière suivante:

[TRADUCTION] Le Code criminel prévoit que l'homicide coupable qui autrement serait un meurtre doit être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

En vertu du Code, une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordi-

person of the power of self-control is provocation, if the accused acted upon it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

The foregoing paragraphs are simply a recital of the *Code*. The judge continued:

Provocation may come from actual words or a series of each or a combination of both, and it must be looked at in the light of all the surrounding circumstances.

First, the actual words must be such as would deprive an ordinary person of self-control. In considering this part of the Defence you are not to consider the particular mental make-up of the accused; rather the standard is that of the ordinary person. You will ask yourselves would the words or acts in this case have caused an ordinary person to lose his self-control.

After reviewing the evidence in support of the defence of provocation the judge continued:

You will consider that evidence and you will decide whether the words and acts were sufficient to cause an ordinary person to lose his self-control.

The acts were rubbing the accused's legs and chest, grabbing him by the shoulder and spinning him around, and later Pegg grabbing his right wrist before the second stab. The words were, "I am going to kill you, you little bastard".

If you find that they were, you will then secondly consider whether the accused acted on the provocation on the sudden before there was time for his passion to cool. In deciding this question you are not restricted to the standard of the ordinary person. You will take into account the mental, the emotional, the physical characteristics and the age of this accused.

The incidents or the words upon which the provocation is based must be contemporaneous words or closely related to the tragedy. The killing must take place immediately after the acts or words constituting the provocation or so soon thereafter that the accused's passion had no time to cool.

You will also ask yourselves was the provocation such that it would have led a person with the mental and physical condition and the age of the accused to respond in this way.

naire du pouvoir de se maîtriser est une provocation, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

a Les paragraphes précédents répètent simplement les termes du *Code*. Le juge a continué:

[TRADUCTION] La provocation peut venir des mots mêmes ou d'une série de ceux-ci ou d'une combinaison des deux, et doit être examinée en fonction de toutes les circonstances.

b D'abord, les mots mêmes doivent être de nature à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. En analysant cette partie du moyen de défense, vous ne devez pas tenir compte du profil mental particulier de l'accusé; en effet la norme est celle d'une personne ordinaire. Vous vous demanderez si les mots ou les actes dans ce cas-ci auraient amené une personne ordinaire à perdre le pouvoir de se maîtriser.

d Après avoir examiné les éléments de preuve à l'appui du moyen de défense de provocation le juge a poursuivi:

e [TRADUCTION] Vous examinerez ces éléments de preuve et vous déciderez si les paroles et les actes étaient suffisants pour qu'une personne ordinaire perde le pouvoir de se maîtriser.

f Les actes étaient les suivants: caresser les jambes et la poitrine de l'accusé, l'avoir saisi par l'épaule et l'avoir fait tourner sur lui-même et par la suite, le fait que Pegg a saisi son poignet droit avant le deuxième coup de couteau. Les mots ont été les suivants: «je vais te tuer, petit salaud».

g Si vous concluez qu'ils étaient suffisants, vous vous demanderez ensuite si l'accusé a agi sous l'impulsion d'une provocation sans avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Pour trancher cette question vous n'êtes pas limités par la norme de la personne ordinaire. Vous tiendrez compte des caractéristiques mentales, émotives et physiques de cet accusé et de son âge.

h Les incidents ou les mots sur lesquels la provocation est fondée doivent se produire en même temps que la tragédie ou être très rapprochés de celle-ci. L'incident meurtrier doit avoir eu lieu immédiatement après les actes ou les mots qui ont constitué la provocation ou peu après, de manière que l'accusé n'ait pas eu le temps de reprendre son sang-froid.

j Vous vous demanderez aussi si la provocation était telle qu'elle aurait amené une personne du même état mental et physique que l'accusé et du même âge que celui-ci à réagir de cette manière.

At trial, counsel for Hill objected to the instruction of the trial judge as to the objective requirement of the defence of provocation, submitting that the "ordinary person" referred to in s. 215(2) ought to have been defined as an ordinary person of the age and sex of the accused. Counsel submitted that the objective requirement would be satisfied if the judge were to recharge the jury by defining "ordinary person" as an "ordinary person in the circumstances of the accused". The judge refused to recharge the jury in those terms.

III

The Court of Appeal

In oral reasons Brooke J.A. (Martin and Morden J.J.A. concurring) noted that counsel for the defence, relying on *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705 (H.L.), submitted that the judge should have instructed the jury to consider whether the wrongful act or insult was sufficient to deprive an "ordinary person" of the age and sex of the accused of his power of self-control. The Court of Appeal held that because the trial judge declined to do so he erred. In reaching this conclusion, Brooke J.A. stated:

The age and sex of the appellant are not "peculiar characteristics" excluded from consideration of the "ordinary person" in the objective test in s. 215(2) (see Fauteux J. (as he then was) in *Wright v. The Queen*, [1969] 3 C.C.C. 258 at 264-5 discussing *Bedder v. D.P.P.*, [1954] 2 All E.R. 801).

He also added:

In our respectful opinion, there is nothing in that judgment which precludes charging the jury as the defence requested. As the matter was left to the jury, the age of the appellant was only a consideration if and when the jury turned to the question of whether the wrongful act or insult deprived him of his power of self-control. The effect of the charge was that an ordinary person did not include a 16 year old or youth and may well have established as the standard an ordinary person more experienced and mature than the ordinary 16 year old or youth. If this is so, the jury may have rejected the defence judging the objective test on that basis.

Au procès, l'avocat de Hill s'est opposé aux directives du juge du procès en ce qui a trait à l'exigence du critère objectif de la défense de provocation, en alléguant que la «personne ordinaire» visée au par. 215(2) devrait être définie comme une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l'accusé. L'avocat a soutenu que l'exigence du critère objectif serait satisfaite si le juge donnait au jury de nouvelles directives qui définiraient la «personne ordinaire» comme une «personne ordinaire dans la même situation que celle dans laquelle se trouvait l'accusé». Le juge a refusé de donner au jury de nouvelles directives en ce sens.

III

La Cour d'appel

Dans ses motifs oraux auxquels ont souscrit les juges Martin et Morden, le juge Brooke a fait remarquer que l'avocat de la défense, en se fondant sur l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705 (H.L.), a soutenu que le juge aurait dû dire au jury de se demander si l'action injuste ou l'insulte était suffisante pour priver une «personne ordinaire» du même âge et du même sexe que l'accusé du pouvoir de se maîtriser. La Cour d'appel a statué que le juge du procès a commis une erreur en refusant de le faire. En arrivant à cette conclusion, le juge Brooke a dit:

[TRADUCTION] L'âge et le sexe de l'appellant ne sont pas des «caractéristiques particulières» exclues de l'examen de la «personne ordinaire» selon le critère objectif du par. 215(2) (voir le juge Fauteux (plus tard juge en chef) dans *Wright v. The Queen*, [1969] 3 C.C.C. 258 aux pp. 264 et 265 qui analyse l'arrêt *Bedder v. D.P.P.*, [1954] 2 All E.R. 801).

Il a également ajouté:

[TRADUCTION] À notre humble avis, il n'y a rien dans ce jugement qui empêche d'instruire le jury comme le demande la défense. Vu la façon dont l'affaire a été présentée au jury, l'âge de l'appellant n'entraîne en ligne de compte que si le jury se posait la question de savoir si l'action injuste ou l'insulte l'avait privé du pouvoir de se maîtriser. L'exposé a eu pour effet d'exclure de l'expression personne ordinaire une personne âgée de 16 ans ou un jeune et a bien pu fixer comme étant la norme une personne ordinaire plus expérimentée et plus mûre que la personne ordinaire âgée de 16 ans ou qu'un jeune. Si c'est le cas, le jury peut avoir rejeté la défense en déterminant le critère objectif sur ce fondement.

In the result, the Court of Appeal held that the judge was in error and there may well have been misdirection which seriously prejudiced Hill and so the conviction could not stand. The appeal was allowed, the conviction set aside and a new trial on the charge of second degree murder ordered.

IV

The Issue

The issue in this appeal is whether the Ontario Court of Appeal erred in law in holding that the trial judge erred in law with respect to the elements of the objective test relevant to the defence of provocation in failing to direct the jury that the “ordinary person” within the meaning of that term in s. 215(2) of the *Criminal Code* was an “ordinary person of the same age and sex as the accused”.

V

The Defence of Provocation

The defence of provocation appears to have first developed in the early 1800's. Tindal C.J. in *R. v. Hayward* (1833), 6 C. & P. 157, at p. 158, told the jury that the defence of provocation was derived from the law's “compassion to human infirmity”. It acknowledged that all human beings are subject to uncontrollable outbursts of passion and anger which may lead them to do violent acts. In such instances, the law would lessen the severity of criminal liability.

Nevertheless, not all acts done in the heat of passion were to be subject to the doctrine of provocation. By the middle of the nineteenth century, it became clear that the provoking act had to be sufficient to excite an ordinary or reasonable person under the circumstances. As Keating J. stated in *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336, at p. 338:

The law is, that there must exist such an amount of provocation as would be excited by the circumstances in

En définitive, la Cour d'appel a décidé que le juge avait commis une erreur et qu'il pouvait très bien y avoir eu une directive erronée qui avait causé un préjudice grave à Hill et que la déclaration de culpabilité ne pouvait être confirmée. L'appel a été accueilli, la déclaration de culpabilité annulée et un nouveau procès ordonné sur l'accusation de meurtre au deuxième degré.

IV

La question en litige

La question posée dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur de droit en concluant que le juge du procès a commis une erreur de droit en ce qui a trait aux éléments du critère objectif pertinents à l'égard de la défense de provocation lorsqu'il n'a pas dit au jury dans ses directives qu'une «personne ordinaire» au sens de ce terme dans le par. 215(2) du *Code criminel* était une [TRADUCTION] «personne ordinaire du même âge et du même sexe que l'accusé».

V

La défense de provocation

La défense de provocation paraît avoir été élaborée à l'origine au début du XIX^e siècle. Le juge en chef Tindal dans *R. v. Hayward* (1833), 6 C. & P. 157, à la p. 158, a dit au jury que la défense de provocation découlait de la [TRADUCTION] «compassion de la justice envers la fragilité humaine». Il a reconnu que tous les êtres humains sont sujets à des accès incontrôlables de passion et de colère qui peuvent les amener à agir avec violence. Dans de tels cas, le droit devrait réduire la sévérité de la responsabilité criminelle.

Néanmoins, tous les actes accomplis dans un accès de colère ne sont pas assujettis à la doctrine de la provocation. Vers le milieu du XIX^e siècle, il est devenu évident que l'acte provocateur devait être suffisant pour exciter une personne ordinaire ou raisonnable compte tenu des circonstances. Comme le juge Keating l'a déclaré dans *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336, à la p. 338:

[TRADUCTION] En droit, il doit y avoir une telle provocation que l'esprit d'un homme raisonnable serait excité

the mind of a reasonable man, and so as to lead the jury to ascribe the act to the influence of that passion.

The *Criminal Code* codified this approach to provocation by including under s. 215 three general requirements for the defence of provocation. First, the provoking wrongful act or insult must be of such a nature that it would deprive an ordinary person of the power of self-control. That is the initial threshold which must be surmounted. Secondly, the accused must actually have been provoked. As I have earlier indicated, these two elements are often referred to as the objective and subjective tests of provocation respectively. Thirdly, the accused must have acted on the provocation on the sudden and before there was time for his or her passion to cool.

(a) The Objective Test of Provocation and the Ordinary Person Standard

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

If there were no objective test to the defence of provocation, anomalous results could occur. A well-tempered, reasonable person would not be entitled to benefit from the provocation defence and would be guilty of culpable homicide amounting to murder, while an ill-tempered or exceptionally excitable person would find his or her culpability mitigated by provocation and would be guilty only of manslaughter. It is society's concern that reasonable and non-violent behaviour be encouraged that prompts the law to endorse the objective standard. The criminal law is concerned among other things with fixing standards for human behaviour. We seek to encourage conduct that complies with certain societal standards of

par les circonstances et elle doit être telle qu'elle amènerait le jury à attribuer l'acte à l'influence de cette colère.

Le *Code criminel* a codifié cette attitude à l'égard de la provocation en incluant trois exigences générales pour la défense de provocation aux termes de l'art. 215. D'abord l'action injuste ou l'insulte provocatrice doit être d'une nature telle qu'elle priverait une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. C'est l'étape préliminaire qu'il faut franchir. Ensuite, l'accusé doit réellement avoir été provoqué. Comme je l'ai indiqué précédemment, on désigne souvent ces deux éléments comme respectivement, les critères objectifs et subjectifs de la provocation. Troisièmement, l'accusé doit avoir réagi à la provocation sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

a) Le critère objectif de la provocation et la norme de la personne ordinaire

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

Si aucun critère objectif ne s'appliquait à la défense de provocation, il pourrait en découler des résultats anormaux. Une personne raisonnable de caractère égal ne serait pas susceptible de profiter de la défense de provocation et serait coupable d'homicide coupable équivalant à meurtre, tandis que la culpabilité d'une personne querelleuse ou exceptionnellement excitable serait réduite par la provocation et elle ne serait coupable que d'homicide involontaire coupable. C'est la préoccupation qu'a la société d'encourager le comportement raisonnable et non violent qui incite le droit à adopter le critère objectif. Le droit criminel se soucie, entre autres choses, de fixer des normes au comportement humain. Nous cherchons à encourager une

reasonableness and responsibility. In doing this, the law quite logically employs the objective standard of the reasonable person.

With this general purpose in mind, we must ascertain the meaning of the ordinary person standard. What are the characteristics of the "ordinary person"? To what extent should the attributes and circumstances of the accused be ascribed to the ordinary person? To answer these questions, it is helpful to review the English and Canadian jurisprudence. Since Canadian courts have relied heavily on English developments, I shall begin with the English cases.

(i) English Law of Provocation and the Ordinary Person Standard

In *R. v. Lesbini* (1914), 11 Cr. App. R. 7, the English Court of Criminal Appeal refused to take into account the mental deficiency of the accused in assessing the availability of the provocation defence. It confirmed the threshold objective test for provocation whereby there must be sufficient provocation to excite a reasonable person. A reasonable or ordinary person was not one with mental deficiencies. In *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1, the House of Lords endorsed the *Lesbini* case and further elaborated the objective test of provocation. Viscount Simon stated, at p. 9:

The test to be applied is that of the effect of the provocation on a reasonable man, as was laid down by the Court of Criminal Appeal in *Rex v. Lesbini* so that an unusually excitable or pugnacious individual is not entitled to rely on provocation which would not have led an ordinary person to act as he did.

The ordinary or reasonable person, therefore, was one of normal temperament and average mental capacity.

In 1954, the House of Lords was faced with the question of whether, in applying the objective test

conduite qui se conforme à certaines normes de la société en matière de responsabilité et d'actes raisonnables. Pour le faire, le droit emploie très logiquement la norme objective de la personne raisonnable.

Compte tenu de cet objectif général, nous devons établir le sens de la norme de la personne ordinaire. Quelles sont les caractéristiques de la «personne ordinaire»? Dans quelle mesure les caractéristiques et les particularités de l'accusé devraient-elles être attribuées à la personne ordinaire? Pour répondre à ces questions, il est utile de passer en revue la jurisprudence anglaise et canadienne. Étant donné que les tribunaux canadiens se sont largement appuyés sur les principes établis par les tribunaux anglais, je commencerai par la jurisprudence anglaise.

(i) Le droit anglais en matière de provocation et la norme de la personne ordinaire

Dans l'arrêt *R. v. Lesbini* (1914), 11 Cr. App. R. 7, la Court of Criminal Appeal anglaise a refusé de tenir compte de la déficience mentale de l'accusé pour décider s'il pouvait invoquer la défense de provocation. Elle a confirmé le critère objectif préliminaire de la provocation en vertu duquel il doit y avoir une provocation suffisante pour exciter une personne raisonnable. Une personne raisonnable ou ordinaire n'est pas déficiente mentale. Dans l'arrêt *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1, la Chambre des lords a endossé l'arrêt *Lesbini* et a expliqué d'une manière plus approfondie le critère objectif de la provocation. Le vicomte Simon a dit, à la p. 9:

[TRANSDUCTION] Le critère qui doit être appliqué est celui de l'effet de la provocation sur un homme raisonnable, comme l'a établi la Court of Criminal Appeal dans *Rex v. Lesbini*, de manière qu'une personne querelleuse ou inhabituellement excitable ne puisse pas se fonder sur la provocation qui n'aurait pas amené une personne ordinaire à agir comme elle l'a fait.

Par conséquent, la personne ordinaire ou raisonnable était d'un tempérament normal et d'une capacité intellectuelle moyenne.

En 1954, la question de savoir si, dans l'application du critère objectif de la provocation, on

of provocation, it should take into account certain physical characteristics of the accused. In *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119, a sexually impotent man killed a prostitute after she taunted him about his physical condition. The House of Lords had to determine whether, in applying the objective test of provocation, the sexual impotence of the accused should be taken into account. The test would then have been whether an ordinary person, who was sexually impotent, would have been provoked. The Court rejected this approach and held that the peculiar physical characteristics of the accused were not to be ascribed to the ordinary person for the purposes of the objective test.

Despite the House of Lords' conclusion that the physical characteristics of the accused were irrelevant to the determination of whether a reasonable person would have been provoked, it appears that the Court was primarily concerned with the difficulty of distinguishing "temperament" from "physical defects". As Lord Simonds L.C. stated, at p. 1121:

It appeared to that court, as it appears to me, that "no distinction is to be made in the case of a person who, though it may not be a matter of temperament, is physically impotent, is conscious of that impotence, and therefore mentally liable to be more excited unduly if he is 'twitted' or attacked on the subject of that particular infirmity". The court thereupon approved and reiterated the proposition that the question for the jury was whether on the facts . . . from the evidence the provocation was in fact enough to lead a reasonable person to do what the accused did.

The *Bedder* approach to the ordinary person standard is no longer the law in England. In *Camplin*, the House of Lords expressly rejected the narrow objective test articulated in *Bedder*. The *Camplin* case involved a youth of fifteen years of age who maintained that he had been provoked by a homosexual assault. The House of Lords unanimously concluded that the ordinary person, for the purposes of the objective test of provocation, was to be an ordinary person of the same age and sex as the accused. It should be noted that in *Camplin*, the trial judge had specifically directed

devrait tenir compte de certaines caractéristiques physiques de l'accusé, a été soulevée devant la Chambre des lords. Dans l'arrêt *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119, un homme sexuellement impuissant a tué une prostituée après qu'elle se fut moquée de lui au sujet de son état physique. La Chambre des lords devait déterminer si, dans l'application du critère objectif de la provocation, on devait tenir compte de l'impuissance sexuelle de l'accusé. Le critère aurait alors été de savoir si une personne ordinaire, qui était impuissante, aurait été provoquée. La cour a rejeté cette position et a conclu que les caractéristiques physiques particulières de l'accusé ne devaient pas être attribuées à la personne ordinaire aux fins du critère objectif.

Malgré la conclusion de la Chambre des lords que les caractéristiques physiques de l'accusé n'étaient pas pertinentes pour déterminer si une personne raisonnable aurait été provoquée, la cour paraît avoir été principalement préoccupée par la difficulté d'établir une distinction entre «tempérament» et «défauts physiques». Comme lord Simonds l'a dit à la p. 1121:

[TRADUCTION] Il apparaît à cette cour, comme il m'apparaît, qu'aucune distinction ne doit être faite dans le cas d'une personne qui, bien que ce ne soit pas une question de tempérament, est physiquement impotente, et consciente de cette impotence et par conséquent mentalement susceptible d'être plus indûment excitée si elle est taquinée ou attaquée au sujet de cette infirmité particulière. La cour a alors approuvé et réitéré la proposition selon laquelle la question posée au jury était de savoir si d'après les faits . . . vu la preuve, la provocation était en fait suffisante pour amener une personne raisonnable à faire ce que l'accusé a fait.

La position adoptée dans l'arrêt *Bedder* en ce qui a trait à la norme de la personne ordinaire ne fait désormais plus partie du droit en Angleterre. Dans l'arrêt *Camplin*, la Chambre des lords a expressément rejeté le critère objectif étroit énoncé dans l'arrêt *Bedder*. Dans l'affaire *Camplin*, un jeune de quinze ans a soutenu qu'il avait été provoqué par une agression homosexuelle. La Chambre des lords a, à l'unanimité, conclu que la personne ordinaire, aux fins du critère objectif de provocation, devait être une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l'accusé. Il faut

the jury to take age and sex into account and the appeal sought to establish that this was wrong. In the present case, there was no such instruction.

In justifying its shift away from the *Bedder* approach, the House of Lords relied in part on legislative changes in the law of provocation introduced after the *Bedder* opinion. Specifically, in 1957, s. 3 of the *Homicide Act, 1957* (U.K.), 5 & 6 Eliz. 2, c. 11, was passed; it provides:

3. Where on a charge of murder there is evidence on which the jury can find that the person charged was provoked (whether by things done or by things said or by both together) to lose his self-control, the question whether the provocation was enough to make a reasonable man do as he did shall be left to be determined by the jury; and in determining that question the jury shall take into account everything both done and said according to the effect which, in their opinion, it would have on a reasonable man.

The phrase, “the jury shall take into account everything” was interpreted to allow a consideration of relevant characteristics in connection with the objective test.

Lord Diplock clarified the underlying *rationale* for expanding the notion of the ordinary person when he wrote, at p. 717:

To taunt a person because of his race, his physical infirmities or some shameful incident in his past may well be considered by the jury to be more offensive to the person addressed, however equable his temperament, if the facts on which the taunt is founded are true than it would be if they were not.

On a similar note, Lord Morris of Borth-y-Gest held, at p. 721:

If the accused is of particular colour or particular ethnic origin and things are said which to him are grossly insulting it would be utterly unreal if the jury had to consider whether the words would have provoked a man of a different colour or ethnic origin—or to consider how such a man would have acted or reacted.

souligner que dans l'affaire *Camplin*, le juge du procès avait spécifiquement dit au jury de tenir compte de l'âge et du sexe et l'appel voulait faire déclarer cette directive erronée. En l'espèce, on ne trouve pas de directives semblables.

Pour justifier son éloignement de la position adoptée dans l'arrêt *Bedder*, la Chambre des lords s'est fondée en partie sur les modifications législatives du droit de la provocation adoptées après l'arrêt *Bedder*. Précisément, en 1957, l'art. 3 de la *Homicide Act, 1957* (U.K.), 5 & 6 Eliz. 2, chap. 11 a été adopté; il prévoit:

[TRADUCTION] 3. Dans le cas d'une accusation de meurtre, lorsqu'il y a des éléments de preuve qui peuvent permettre au jury de conclure à la provocation de l'accusé (par des actions ou par des paroles ou par les deux à la fois) de manière à lui faire perdre le pouvoir de se maîtriser, il incombe au jury de déterminer si la provocation était suffisante pour qu'un homme raisonnable agisse comme il l'a fait; pour trancher cette question, le jury doit tenir compte de tout ce qui a été fait et tout ce qui a été dit selon l'effet, que, à son avis, cela aurait sur un homme raisonnable.

L'expression [TRADUCTION] «le jury doit tenir compte de tout» a été interprétée de manière à permettre l'examen des caractéristiques pertinentes en relation avec le critère objectif.

Lord Diplock a clarifié le raisonnement sous-jacent à l'extension de la notion de personne ordinaire lorsqu'il a écrit à la p. 717:

[TRADUCTION] Le jury peut bien considérer que railler une personne à cause de sa race, de ses infirmités physiques ou de quelque incident honteux de sa vie passée est plus insultant pour la personne visée, même si elle est de tempérament très égal, si les faits sur lesquels la raillerie se fonde sont vrais que s'ils ne le sont pas.

De même, lord Morris of Borth-y-Gest a conclu à la p. 721:

[TRADUCTION] Si l'accusé est d'une couleur particulière ou d'une origine ethnique particulière et que des choses grossièrement insultantes sont dites à son égard il serait tout à fait irréal que le jury doive se demander si les mots auraient provoqué un homme d'une couleur ou d'une origine ethnique différentes—ou se demande comment une telle personne aurait agi ou réagi.

Taking these considerations into account, Lord Simon of Glaisdale formulated the objective test as follows, at p. 727:

I think that the standard of self-control which the law requires before provocation is held to reduce murder to manslaughter is still that of the reasonable person . . . ; but that, in determining whether a person of reasonable self-control would lose it in the circumstances, the entire factual situation, which includes the characteristics of the accused, must be considered.

One conceptual difficulty was acknowledged by Lord Diplock. He recognized that “in strict logic there is a transition between treating age as a characteristic that may be taken into account in assessing the gravity of the provocation addressed to the accused and treating it as a characteristic to be taken into account in determining what is the degree of self-control to be expected of the ordinary person” (p. 717). In most cases, it is appropriate to assume that the level of self-control or degree of reasonableness is the same regardless of certain physical differences. Age, however, in Lord Diplock’s view posed a more difficult problem. He resolved this problem with respect to age by appealing to the acknowledged importance of the law’s compassion to human infirmity. On a more general level, he rejected the solution of separating out the inquiry into two phases as overly complicated for the jury.

(ii) Canadian Case Law

The Supreme Court of Canada has also had occasion to provide guidance on the ordinary person standard for provocation. In *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462, a case in which the accused was drunk at the time of his alleged provocation, Kerwin J., as he then was, made clear that for the purposes of the objective test of provocation, the “criterion is the effect on the ordinary person . . . the jury is not entitled to take into consideration any alleged drunkenness on the part of the accused” (p. 471).

Tenant compte de ces considérations, lord Simon of Glaisdale a formulé le critère objectif de la manière suivante, à la p. 727:

[TRADUCTION] Je crois que la norme de la maîtrise de soi que la loi exige avant qu’on puisse déterminer que la provocation réduit le meurtre à homicide involontaire coupable est toujours celle de la personne raisonnable . . . ; toutefois, en déterminant si une personne qui a une maîtrise de soi raisonnable la perdrait dans les circonstances, il faut tenir compte de la situation de fait complète, ce qui comprend les caractéristiques de l’accusé.

Lord Diplock a reconnu qu’il y avait un problème de notion. Il a admis que [TRADUCTION] «en stricte logique il faut faire une transition entre considérer l’âge comme une caractéristique dont on peut tenir compte pour évaluer la gravité de la provocation faite à l’égard de l’accusé et la considérer comme une caractéristique dont on doit tenir compte pour déterminer quel degré de maîtrise de soi on doit attendre d’une personne ordinaire» (p. 717). Dans la plupart des cas, il est normal de présumer que le niveau de maîtrise de soi ou le degré de caractère raisonnable est le même, indépendamment de certaines différences physiques. Toutefois, l’âge, selon l’opinion de lord Diplock, soulève un problème plus sérieux. Il a résolu ce problème relatif à l’âge en faisant appel à l’importance reconnue de la compassion de la loi pour la fragilité humaine. À un niveau plus général, il a rejeté la solution qui consistait à séparer l’enquête en deux phases, pour le motif qu’elle est trop compliquée pour le jury.

(ii) La jurisprudence canadienne

La Cour suprême du Canada a également eu l’occasion de donner des lignes directrices sur la norme de la personne ordinaire en ce qui a trait à la provocation. Dans l’arrêt *Taylor v. The King*, [1947] R.C.S. 462, une affaire dans laquelle l’accusé était ivre au moment de la présumée provocation, le juge Kerwin, alors juge puîné, a établi clairement que, pour les fins du critère objectif de la provocation, le [TRADUCTION] «critère est l’effet sur la personne ordinaire . . . le jury n’est pas autorisé à tenir compte de l’ivresse alléguée de l’accusé» (p. 471).

This Court again rejected a consideration of the drunkenness of the accused in connection with the objective test in *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404. Fauteux J., as he then was, endorsed the trial judge's instruction to the jury not to consider "the character, background, temperament or condition of the accused" in relation to the objective test of provocation. Similarly, Cartwright J., as he then was, (dissenting on another issue) wrote, at p. 415, that the trial judge correctly "made it plain that on this [objective] branch of the inquiry no account should be taken of the idiosyncracies of the appellant and that the standard was that of an ordinary person".

Finally, in *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335, a son was charged with the shooting death of his father. The evidence suggested that there had been some difficulties in their relationship. The father was said to have been a bad tempered and violent man who had mistreated his son on a number of occasions. The accused had not seen his father for a period of about five years until a few days prior to the fatal incident. On the evening of the shooting, the accused had spent most of the day drinking with his friends. In considering the objective test of provocation, the Court rejected the relevance of the quality of the accused's relationship with his father, the mentality of the accused or his possible drunkenness. Fauteux J. quoted, at p. 340, the words of Lord Simonds L.C. in *Bedder*, that the purpose of the objective test is "to invite the jury to consider the act of the accused by reference to a certain standard or norm of conduct and with this object the 'reasonable' or the 'average' or the 'normal' man is invoked". The Court went on to state, at p. 340:

While the character, background, temperament, idiosyncracies, or the drunkenness of the accused are matters to be considered in the second branch of the enquiry, they are excluded from consideration in the first branch. A contrary view would denude of any sense the objective test.

Appellate courts at the provincial level have also considered the nature of the ordinary person

Cette Cour a encore une fois refusé de tenir compte de l'ivresse de l'accusé en relation avec le critère objectif dans l'arrêt *Salamon v. The Queen*, [1959] R.C.S. 404. Le juge Fauteux, alors juge puîné, a endossé les directives du juge du procès au jury de ne pas tenir compte [TRADUCTION] «du caractère, des antécédents, du tempérament ou de l'état de l'accusé» par rapport au critère objectif de la provocation. De même, le juge Cartwright, alors juge puîné, (dissident sur une autre question) a écrit à la p. 415, que le juge du procès a, à juste titre, [TRADUCTION] «établi clairement que, à l'égard de cette partie [objective] de l'enquête, on ne devrait pas tenir compte des idiosyncrasies de l'appelant et que la norme était celle de la personne ordinaire».

Enfin, dans l'affaire *Wright v. The Queen*, [1969] R.C.S. 335, un fils a été accusé d'avoir tué son père avec une arme à feu. La preuve indiquait qu'il y avait eu certaines difficultés dans leur relation. Le père était reconnu comme un homme violent avec un mauvais caractère et il avait maltraité son fils à de nombreuses occasions. L'accusé n'avait pas vu son père depuis environ cinq ans jusqu'à quelques jours avant l'incident fatal. Le soir de la fusillade, l'accusé avait passé une grande partie de la journée à boire avec ses amis. En examinant le critère objectif de la provocation, la Cour a rejeté la pertinence de la qualité de la relation de l'accusé avec son père, de la mentalité de l'accusé et de son ivresse possible. Le juge Fauteux a cité, à la p. 340, le lord chancelier Simonds dans l'arrêt *Bedder*, selon lequel le but du critère objectif est [TRADUCTION] «d'inviter le jury à examiner l'acte de l'accusé en faisant référence à une certaine norme de conduite et, par rapport à cet objectif, on invoque l'homme «raisonnable», «moyen» ou «normal»». La Cour a ensuite dit, à la p. 340:

[TRADUCTION] Bien que le caractère, les antécédents, le tempérament, les particularités ou l'ivresse de l'accusé soient des questions qui doivent être examinées dans la deuxième partie de l'enquête, elles sont exclues de l'examen dans la première partie. Une opinion contraire aurait pour effet de dénuer le critère objectif de tout sens.

Les cours d'appel provinciales ont également examiné la nature de la norme de la personne

standard of provocation. In *R. v. Clark* (1974), 22 C.C.C. (2d) 1 (Alta. C.A.), the “morbid jealousy and slight mental degeneration” suffered by the accused was held not to be relevant to the objective test. According to Clement J.A., at p. 16:

In the first branch of the inquiry, the objective test, which in essence has to be determined as a standard of comparison is the reaction that might be expected from ordinary human nature to the wrongful act, or to the alleged insult in the present case.

In *R. v. Parnerkar* (1971), 5 C.C.C. (2d) 11, the Saskatchewan Court of Appeal held that the cultural and religious background of the accused was not relevant to the determination of the objective test. The accused, born in India, was alleged to have been provoked by, *inter alia*, the deceased’s statement “I am not going to marry you because you are a black man”. The Court’s ruling seems to narrow unduly the conception of the ordinary person and rigidly prohibit a consideration of the physical characteristics of the accused along the lines of the *Bedder* case. I should note that *Parnerkar* was affirmed by this Court on appeal: see [1974] S.C.R. 449; however, this particular question was not addressed.

In more recent decisions, appellate courts at the provincial level appear to be moving towards the *Camplin* approach. The Ontario Court of Appeal’s decision in the present appeal, *R. v. Hill* (1982), 2 C.C.C. (3d) 394, and *R. v. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542 (N.W.T.C.A.), reflect this trend. In the *Daniels* case, Laycraft J.A. held that in instructing the jury on the objective test of provocation, the trial judge should tell the jury to take into account all of the external events putting pressure on the accused. He stated at p. 554:

The purpose of the objective test prescribed by s. 215 is to consider the actions of the accused in a specific case against the standard of the ordinary person. Hypothetically, the ordinary person is subjected to the same external pressures of insult by acts or words as was the accused. Only if those pressures would cause an ordinary person to lose self-control does the next question arise whether the accused did, in fact, lose self-control.

ordinaire en ce qui a trait à la provocation. Dans *R. v. Clark* (1974), 22 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Alb.), on a statué que la [TRADUCTION] «jalousie morbide et la faible dégénérescence mentale» dont souffrait l’accusé n’étaient pas pertinentes à l’égard du critère objectif. Selon le juge Clement, à la p. 16:

[TRADUCTION] Dans la première partie de l’enquête, le critère objectif, qui doit essentiellement être déterminé comme la norme de comparaison, est la réaction qu’on peut attendre de la nature humaine ordinaire face à une action injuste ou à l’insulte alléguée en l’espèce.

Dans l’arrêt *R. v. Parnerkar* (1971), 5 C.C.C. (2d) 11, la Cour d’appel de la Saskatchewan a statué que les antécédents culturels et religieux de l’accusé n’étaient pas pertinents pour déterminer le critère objectif. L’accusé, né en Inde, aurait été provoqué par, notamment, la déclaration de la personne décédée [TRADUCTION] «Je ne t’épouserai pas parce que tu es noir». L’arrêt de la Cour semble restreindre indûment le concept de la personne ordinaire et empêcher d’une manière rigide que l’on tienne compte des caractéristiques physiques de l’accusé selon la position adoptée dans l’arrêt *Bedder*. Je veux souligner que l’arrêt *Parnerkar* a été confirmé par cette Cour en appel: voir [1974] R.C.S. 449; toutefois, cette question précise n’a pas été posée.

Dans des arrêts plus récents, les cours d’appel provinciales paraissent se diriger vers la position adoptée dans l’arrêt *Camplin*. Les arrêts de la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce, *R. v. Hill* (1982), 2 C.C.C. (3d) 394, et dans *R. v. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542 (C.A.T.N.-O.), révèlent cette tendance. Dans l’arrêt *Daniels*, le juge Laycraft a conclu qu’en donnant ses directives au jury sur le critère objectif de la provocation, le juge du procès devrait lui dire de tenir compte de tous les événements externes qui mettent de la pression sur l’accusé. Il a dit à la p. 554:

[TRADUCTION] Le but du critère objectif que prescrit l’art. 215 est d’examiner les actions de l’accusé dans une affaire précise par rapport à la norme de la personne ordinaire. Par hypothèse, la personne ordinaire est assujettie aux mêmes pressions externes que constituent des insultes par des actes ou des mots comme l’a été l’accusé. C’est seulement si ces pressions ont fait perdre à une personne le pouvoir de se maîtriser que la question

In my view, the objective test lacks validity if the reaction of the hypothetical ordinary person is not tested against all of the events which put pressure on the accused.

(iii) The Appropriate Content of the Ordinary Person Standard

What lessons are to be drawn from this review of the case law? I think it is clear that there is widespread agreement that the ordinary or reasonable person has a normal temperament and level of self-control. It follows that the ordinary person is not exceptionally excitable, pugnacious or in a state of drunkenness.

In terms of other characteristics of the ordinary person, it seems to me that the "collective good sense" of the jury will naturally lead it to ascribe to the ordinary person any general characteristics relevant to the provocation in question. For example, if the provocation is a racial slur, the jury will think of an ordinary person with the racial background that forms the substance of the insult. To this extent, particular characteristics will be ascribed to the ordinary person. Indeed, it would be impossible to conceptualize a sexless or ageless ordinary person. Features such as sex, age, or race, do not detract from a person's characterization as ordinary. Thus particular characteristics that are not peculiar or idiosyncratic can be ascribed to an ordinary person without subverting the logic of the objective test of provocation. As Lord Diplock wrote in *Camplin* at pp. 716-17:

... the "reasonable man" has never been confined to the adult male. It means an ordinary person of either sex, not exceptionally excitable or pugnacious, but possessed of such powers of self-control as everyone is entitled to expect that his fellow citizens will exercise in society as it is today.

It is important to note that, in some instances, certain characteristics will be irrelevant. For example, the race of a person will be irrelevant if the provocation involves an insult regarding a

suiivante se pose de savoir si l'accusé a, en fait, perdu le pouvoir de se maîtriser. À mon avis, le critère objectif n'est pas valide si la réaction de la personne ordinaire hypothétique n'est pas examinée en fonction de tous les événements qui ont mis de la pression sur l'accusé.

(iii) Ce que doit contenir la norme de la personne ordinaire

Quelles sont les leçons à tirer de cette étude de la jurisprudence? Je crois qu'il est clair qu'on s'entend d'une manière générale pour dire que la personne ordinaire ou raisonnable a un tempérament et un niveau de maîtrise de soi normaux. Il en découle que la personne ordinaire n'est pas exceptionnellement excitable ou querrelleuse, ni en état d'ivresse.

En termes d'autres caractéristiques de la personne ordinaire, il me semble que le «bon sens collectif» du jury l'amènera naturellement à attribuer à la personne ordinaire toutes les caractéristiques générales pertinentes relativement à la provocation en question. Par exemple, si la provocation est une insulte raciste, le jury imaginera une personne ordinaire avec les antécédents raciaux qui forment la substance de l'insulte. Dans cette mesure, des caractéristiques physiques particulières seront attribuées à la personne ordinaire. En fait, il serait impossible d'imaginer une personne ordinaire sans sexe ou sans âge. Certaines caractéristiques comme le sexe, l'âge ou la race n'empêchent pas qu'une personne puisse être qualifiée d'ordinaire. Ainsi, des caractéristiques particulières qui ne sont pas spéciales ni une idiosyncrasie peuvent être attribuées à une personne ordinaire sans bouleverser la logique du critère objectif de la provocation. Comme lord Diplock l'a écrit dans l'arrêt *Camplin* aux pp. 716 et 717:

[TRADUCTION] ... la qualité d'«homme raisonnable» n'a jamais été limitée à un adulte de sexe masculin. Elle désigne une personne ordinaire de l'un ou l'autre sexe, qui n'est pas exceptionnellement excitable ou querrelleuse, mais qui possède les pouvoirs de se maîtriser que toute personne a le droit d'attendre de ses concitoyens dans la société actuelle.

Il est important de souligner que, parfois, certaines caractéristiques ne seront pas pertinentes. Par exemple, la race d'une personne ne sera pas pertinente si la provocation comporte une insulte rela-

physical disability. Similarly, the sex of an accused will be irrelevant if the provocation relates to a racial insult. Thus the central criterion is the relevance of the particular feature to the provocation in question. With this in mind, I think it is fair to conclude that age will be a relevant consideration when we are dealing with a young accused person. For a jury to assess what an ordinary person would have done if subjected to the same circumstances as the accused, the young age of an accused will be an important contextual consideration.

I should also add that my conclusion that certain attributes can be ascribed to the ordinary person is not meant to suggest that a trial judge must in each case tell the jury what specific attributes it is to ascribe to the ordinary person. The point I wish to emphasize is simply that in applying their common sense to the factual determination of the objective test, jury members will quite naturally and properly ascribe certain characteristics to the "ordinary person".

(b) The Subjective Test and Actual Provocation

Once a jury has established that the provocation in question was sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, it must still determine whether the accused was so deprived. It may well be that an ordinary person would have been provoked, but in fact the accused was not. This second test of provocation is called subjective because it involves an assessment of what actually occurred in the mind of the accused. At this stage, the jury must also consider whether the accused reacted to the provocation on the sudden and before there was time for his passion to cool.

In instructing the jury with respect to the subjective test of provocation, the trial judge must make clear to the jury that its task at this point is to ascertain whether the accused was in fact acting as a result of provocation. In this regard, a trial judge may wish to remind the jury members that, in determining whether an accused was actually provoked, they are entitled to take into account his

tive à une infirmité physique. De même, le sexe d'un accusé ne sera pas pertinent si la provocation se rapporte à une insulte raciste. Ainsi, le critère central est la pertinence de la caractéristique particulière à l'égard de la provocation en question. Si l'on tient compte de ce fait, je crois qu'il est juste de conclure que l'âge constitue une considération pertinente lorsque nous avons affaire à un jeune accusé. Pour qu'un jury évalue ce qu'une personne ordinaire aurait fait si elle avait été placée dans la même situation que l'accusé, le jeune âge d'un accusé constituera une considération importante selon le contexte.

Il convient également d'ajouter que ma conclusion selon laquelle certaines caractéristiques peuvent être attribuées à la personne ordinaire ne veut pas dire que le juge du procès doit, dans chaque cas, dire au jury quelles caractéristiques précises doivent être attribuées à la personne ordinaire. Le point sur lequel je désire insister est simplement que, en appliquant leur bon sens à la détermination factuelle du critère objectif, les jurés vont tout naturellement et correctement attribuer certaines caractéristiques à la «personne ordinaire».

b) Le critère subjectif et la provocation réelle

Lorsque le jury a établi que la provocation en question était suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, il doit encore déterminer si l'accusé était ainsi privé de ce pouvoir. Il se peut bien qu'une personne ordinaire ait été provoquée mais qu'en fait l'accusé ne l'ait pas été. Ce second critère de la provocation est qualifié de subjectif parce qu'il comporte une évaluation de ce qui s'est réellement passé dans l'esprit de l'accusé. À ce stade, le jury doit aussi examiner si l'accusé a réagi à la provocation sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

Dans ses directives sur cet aspect du critère subjectif de la provocation, le juge du procès doit préciser au jury que son travail à ce stade est d'examiner si l'accusé agissait en fait par suite de la provocation. À cet égard, le juge du procès peut désirer rappeler aux jurés que, en déterminant si un accusé a réellement été provoqué, ils ont le

or her mental state and psychological temperament.

VI

The Validity of the Trial Judge's Charge

To apply this statement of the law to the present appeal, we must return to the actual words of the trial judge. When instructing the jury on the objective test of provocation, he began by stating:

First, the actual words must be such as would deprive an ordinary person of self-control. In considering this part of the Defence you are not to consider the particular mental make-up of the accused; rather the standard is that of the ordinary person. You will ask yourselves would the words or acts in this case have caused an ordinary person to lose his self-control.

He later added:

You will consider that evidence and you will decide whether the words and acts were sufficient to cause an ordinary person to lose his self-control.

In my view, this part of the charge was well-stated and correct in law. The trial judge did not err in failing to specify that the ordinary person, for the purposes of the objective test of provocation, is to be deemed to be of the same age and sex as the accused. Although this type of instruction may be helpful in clarifying the application of the ordinary person standard, I do not think it wise or necessary to make this a mandatory component of all jury charges on provocation. Whenever possible, we should retain simplicity in charges to the jury and have confidence that the words of the *Criminal Code* will provide sufficient guidance to the jury. Indeed, in this area of the law, I take heed of the words of Lord Goddard C.J. in *R. v. McCarthy*, [1954] 2 Q.B. 105, at p. 112:

No court has ever given, nor do we think ever can give, a definition of what constitutes a reasonable or average man. That must be left to the collective good sense of the jury.

It has been suggested that the instruction of the trial judge on the subjective prong of the provoca-

droit de tenir compte de son état mental et de son tempérament psychologique.

VI

a La validité de l'exposé du juge du procès

Pour appliquer ce principe juridique au présent pourvoi, nous devons revenir à ce qu'a réellement dit le juge du procès. Lorsqu'il a donné ses directives au jury sur le critère objectif de la provocation, il a commencé en disant:

[TRADUCTION] D'abord, les mots mêmes doivent être de nature à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. En analysant cette partie du moyen de défense, vous ne devez pas tenir compte du profil mental particulier de l'accusé; en effet la norme est celle d'une personne ordinaire. Vous vous demanderez si les mots ou les actes dans ce cas-ci auraient amené une personne ordinaire à perdre le pouvoir de se maîtriser.

Il a par la suite ajouté:

[TRADUCTION] Vous examinerez ces éléments de preuve et vous déciderez si les paroles et les actes étaient suffisants pour qu'une personne ordinaire perde le pouvoir de se maîtriser.

À mon avis, cette partie de l'exposé a été bien énoncée et est correcte en droit. Le juge du procès n'a commis aucune erreur en omettant de préciser que la personne ordinaire, aux fins du critère objectif de la provocation, est présumée être du même âge et du même sexe que l'accusé. Bien que ce genre de directive puisse être utile pour clarifier l'application de la norme de la personne ordinaire, je ne crois pas qu'il soit sage ou nécessaire d'en faire une composante obligatoire de tous les exposés au jury en matière de provocation. Lorsque c'est possible, il convient que les exposés au jury restent simples et il faut considérer avec confiance que les termes du *Code criminel* constitueront des lignes directrices suffisantes pour le jury. En fait, dans ce domaine du droit, je tiens compte de la déclaration du juge en chef lord Goddard dans *R. v. McCarthy*, [1954] 2 Q.B. 105, à la p. 112:

[TRADUCTION] Aucun tribunal n'a jamais donné, ni croyons-nous ne peut donner, une définition de ce qui constitue un homme raisonnable ou moyen. Cela doit être laissé au bon sens collectif du jury.

On a laissé entendre que les directives du juge du procès sur le volet subjectif de la défense de

tion defence had the effect of misleading the jury on the appropriate content of the ordinary person standard. The charge stated:

... you will then secondly consider whether the accused acted on the provocation on the sudden before there was time for his passion to cool. In deciding this question you are not restricted to the standard of the ordinary person. You will take into account the mental, the emotional, the physical characteristics and the age of this accused.

You will also ask yourselves was the provocation such that it would have led a person with the mental and physical condition and the age of the accused to respond in this way.

In my opinion, these words would not have misled the average juror with respect to the objective test, particularly when viewed in the context of the charge as a whole.

I have the greatest of confidence in the level of intelligence and plain common sense of the average Canadian jury sitting on a criminal case. Juries are perfectly capable of sizing the matter up. In my experience as a trial judge I cannot recall a single instance in which a jury returned to the courtroom to ask for further instructions on the provocation portion of a murder charge. A jury frequently seeks further guidance on the distinction between first degree murder, second degree murder and manslaughter, but rarely, if ever, on provocation. It seems to be common ground that the trial judge would not have been in error if he had simply read s. 215 of the *Code* and left it at that, without embellishment. I am loathe to complicate the task of the trial judge, in cases such as the case at bar, by requiring him or her as a matter of law to point out to the members of the jury that in applying the objective test they must conceptualize an "ordinary person" who is male and young. The accused is before them. He is male and young. I cannot conceive of a Canadian jury conjuring up the concept of an "ordinary person" who would be either female or elderly, or banishing from their minds the possibility that an "ordinary person" might be both young and male. I do

provocation avait eu pour effet de tromper le jury sur le vrai contenu de la norme de la personne ordinaire. Les directives du juge se lisent comme suit:

^a [TRADUCTION] ... vous vous demanderez ensuite si l'accusé a agi sous l'impulsion d'une provocation sans avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Pour trancher cette question vous n'êtes pas limités par la norme de la personne ordinaire. Vous tiendrez compte des caractéristiques mentales, émotives et physiques de l'accusé et de son âge.

^c Vous vous demanderez aussi si la provocation était telle qu'elle aurait amené une personne du même état mental et physique que l'accusé et du même âge que celui-ci à réagir de cette manière.

^d À mon avis, ces paroles n'ont pas trompé le juré moyen en ce qui a trait au critère objectif, particulièrement si l'on tient compte du contexte de l'exposé dans son ensemble.

^e J'ai la plus grande confiance dans le niveau d'intelligence et de simple bon sens du jury canadien moyen qui siège dans une affaire criminelle. Les jurys sont parfaitement capables d'évaluer la question. Dans mon expérience de juge du procès, je ne me souviens pas d'une seule affaire dans laquelle un jury soit revenu dans la salle d'audience pour demander des directives supplémentaires sur la partie qui concerne la provocation dans une accusation de meurtre. Un jury demande souvent des précisions sur la distinction entre meurtre au premier degré, meurtre au deuxième degré et homicide involontaire coupable mais rarement, et peut-être jamais, sur la provocation. Il semble entendu que le juge du procès n'aurait pas commis d'erreur s'il avait simplement lu l'art. 215 du *Code* tel quel sans fioritures. Je ne veux surtout pas compliquer le travail du juge du procès, dans des affaires comme l'espèce, en exigeant de lui comme point de droit qu'il souligne à l'intention des jurés que, en appliquant le critère objectif, ils doivent imaginer une «personne ordinaire» de sexe masculin et jeune. L'accusé est devant eux. Il est de sexe masculin et jeune. Je ne peux concevoir qu'un jury canadien élabore le concept d'une «personne ordinaire» qui serait de sexe féminin ou plus âgée ou que les jurés écartent de leur esprit la possibilité que la «personne ordinaire» puisse être jeune et de

not think anything said by the judge in the case at bar would have lead the jury to such an absurdity.

VII

Conclusion

I find that the trial judge's charge to the jury on the ordinary person standard in the defence of provocation was consistent with the requirements of the *Criminal Code* and correct in law. It was not necessary to direct the jury that the ordinary person means an ordinary person of the same age and sex as the accused. I would, therefore, allow the appeal and restore the conviction.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment of the Chief Justice. I agree with his result and generally with his reasons. I wish only to add a brief comment of my own.

Section 215 of the *Criminal Code* provides for a defence of provocation, which will allow, if it is successful, the reduction of what would be murder to the lesser crime of manslaughter. Subsection (1) provides for the defence. Subsection (2) defines the nature of the act or insult which will be sufficient to amount to provocation. It does not deal with the nature or with any of the individual characteristics of the person seeking to rely on the defence. It establishes a standard to apply to all persons in determining what will amount to provocation, the standard of the ordinary person. The concept of the ordinary person or the reasonable man is well-known in the law. Many definitions have been formulated. A fitting one may be found in the words of Lord Diplock in the *Camplin* case [[1978] A.C. 705 (H.L.), at pp. 716-17], cited by the Chief Justice, in these terms:

... the "reasonable man" has never been confined to the adult male. It means an ordinary person of either sex, not exceptionally excitable or pugnacious, but possessed of such powers of self-control as everyone is entitled to expect that his fellow citizens will exercise in society as it is today.

sexe masculin. Je ne crois pas que ce que le juge a dit en l'espèce aurait pu entraîner le jury dans une telle absurdité.

VII

Conclusion

Je suis d'avis que l'exposé du juge du procès au jury sur la norme de la personne ordinaire dans la défense de provocation satisfaisait aux exigences du *Code criminel* et était correct en droit. Il n'était pas nécessaire de dire au jury que la personne ordinaire désigne une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l'accusé. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement du Juge en chef. Je suis d'accord avec le résultat auquel il arrive et somme toute avec ses motifs. Je désire seulement ajouter un bref commentaire personnel.

L'article 215 du *Code criminel* prévoit la provocation comme défense, ce qui permet, si elle est acceptée, de réduire ce qui serait autrement un meurtre au crime moindre d'homicide involontaire coupable. Le paragraphe (1) prévoit le moyen de défense. Le paragraphe (2) définit la nature de l'action ou de l'insulte qui suffit pour qu'il y ait provocation. Il ne traite aucunement de la nature ni de caractéristiques personnelles de celui qui cherche à invoquer la défense. Il établit une norme à appliquer à toutes les personnes pour déterminer ce qui constitue la provocation, la norme de la personne ordinaire. Le concept de la personne ordinaire ou de l'homme raisonnable est bien connu en droit. On en a donné bien des définitions. Une des définitions appropriées est formulée par lord Diplock dans l'affaire *Camplin* [[1978] A.C. 705 (H.L.), aux pp. 716 et 717] et citée par le Juge en chef, en ces termes:

[TRADUCTION] ... la qualité d'«homme raisonnable» n'a jamais été limitée à un adulte de sexe masculin. Elle désigne une personne ordinaire de l'un ou l'autre sexe, qui n'est pas exceptionnellement excitable ou querelleuse, mais qui possède les pouvoirs de se maîtriser que toute personne a le droit d'attendre de ses concitoyens dans la société actuelle.

If the conduct alleged to have been provocative will not cause this ordinary person to lose "the power of self-control", then there can be no application of the defence. However, where that threshold is passed, the act meets the test for provocation and consideration may be given to the defence. If it is found that the accused was deprived of the power of self-control by the provocation and that he acted upon it on the sudden and before there was time for his passion to cool, the defence will apply. In making that last determination the jury may apply what has been called the subjective test, the individual characteristics of the accused which could affect his reaction to the wrongful act or insult, such as race, colour, religion, sex and drunkenness, and other subjective factors affecting his reaction may be considered. This proposition has the support of binding authority in this country: see *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462; *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; and *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335, where it was said, at p. 340:

While the character, background, temperament, idiosyncracies, or the drunkenness of the accused are matters to be considered in the second branch of the enquiry, they are excluded from consideration in the first branch. A contrary view would denude of any sense the objective test.

The reason that the two tests, objective and subjective, are separated in this defence is clear. The law fixes a standard for all which must be met before reliance may be placed on the provocation defence. Everyone, whatever his or her idiosyncracies, is expected to observe that standard. It is not every insult or injury that will be sufficient to relieve a person from what would otherwise be murder. The "ordinary person" standard is adopted to fix the degree of self-control and restraint expected of all in society. The law, however, does recognize frailty when the threshold test is passed and a person is provided beyond the level of tolerance of the ordinary person. Then the individual characteristics of the accused may be considered

Si la conduite qu'on prétend provocatrice ne fait pas perdre à cette personne ordinaire «le pouvoir de se maîtriser», alors on ne peut appliquer le moyen de défense. Toutefois, lorsque cette étape préliminaire est franchie, l'acte satisfait au critère de la provocation et on peut prendre la défense en considération. Si on conclut que l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation et qu'il a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid, le moyen de défense s'appliquera. En faisant cette dernière détermination, le jury peut appliquer ce qu'on a appelé le critère subjectif, les caractéristiques personnelles de l'accusé qui pouvaient affecter sa réaction à l'action injuste ou à l'insulte, tels la race, la couleur, la religion, le sexe et l'état d'ébriété, et d'autres facteurs subjectifs affectant sa réaction peuvent être pris en considération. Cette proposition a l'appui d'arrêts faisant autorité dans ce pays. Voir les arrêts *Taylor v. The King*, [1947] R.C.S. 462; *Salamon v. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; et *Wright v. The Queen*, [1969] R.C.S. 335, dans lequel on a dit, à la p. 340:

[TRADUCTION] Bien que le caractère, les antécédents, le tempérament, les particularités ou l'ivresse de l'accusé soient des questions qui doivent être examinées dans la deuxième partie de l'enquête, elles sont exclues de l'examen dans la première partie. Une opinion contraire aurait pour effet de dénuer le critère objectif de tout sens.

Le motif pour lequel les deux critères, objectif et subjectif, sont distincts dans ce moyen de défense est clair. Le droit fixe une norme pour tous à laquelle on doit satisfaire avant de pouvoir s'appuyer sur la défense de provocation. On s'attend à ce que chacun, indépendamment de ses idiosyncracies, respecte cette norme. N'importe quel insulte ou tort ne sera pas suffisant pour dégager quelqu'un de ce qui serait autrement un meurtre. La norme de la «personne ordinaire» est adoptée pour fixer le degré de maîtrise de soi et de modération qu'on attend de chacun en société. Le droit reconnaît cependant la fragilité humaine lorsqu'on a satisfait au critère préliminaire et qu'une personne est provoquée au-delà du niveau de tolérance de la personne ordinaire. Alors, les caractéristiques personnelles de l'accusé peuvent être prises en considération et, lorsque les autres conditions de l'art.

and, where the other terms of s. 215 of the *Criminal Code* are met, the defence will apply.

As I have said, I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (*dissenting* in result)—I agree with the Chief Justice's exposition of the law in its entirety. As regards age, I therefore agree that, when giving content to the ordinary person standard, as said by the Chief Justice, "age will be a relevant consideration when we are dealing with a young accused person", and that, "For a jury to assess what an ordinary person would have done if subjected to the same circumstances as the accused, the young age of an accused will be an important contextual consideration".

I am also of his view that it is not mandatory that the judge instruct the jury "that the ordinary person, for the purposes of the objective test of provocation, is to be deemed to be of the same age and sex as the accused". But I should like to add that there will, in my view, be cases where failure to do so, given the particular circumstances of the case, would be unfair and constitute reversible error; but not because of a special rule applicable to charges on provocation, but rather under the general rule that the judge's charge to the jury must always be fair.

Such is not the case here and the trial judge did not err in failing to give such an instruction. But he erred, in my respectful view, when he gave instructions to the jury tantamount to excluding age as a relevant factor in their consideration of the "first leg" of the provocation test. In his charge, he instructed the jury on the law of provocation as follows.

When commenting on the first phase of the test, the objective test, he said:

First, the actual words must be such as would deprive an ordinary person of self-control. In considering this

215 du *Code criminel* sont remplies, le moyen de défense s'applique.

Comme je l'ai dit, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (*dissident* quant au résultat)—Je souscris entièrement à l'exposé du droit qu'a fait le Juge en chef. En ce qui a trait à l'âge, je conviens donc que, lorsqu'on donne un contenu à la norme de la personne ordinaire, comme le dit le Juge en chef, «l'âge constitue une considération pertinente lorsque nous avons affaire à un jeune accusé», et que «pour qu'un jury évalue ce qu'une personne ordinaire aurait fait si elle avait été placée dans la même situation que l'accusé, le jeune âge d'un accusé constituera une considération importante selon le contexte».

Je partage également son opinion qu'il n'est pas obligatoire que le juge dise au jury [TRADUCTION] «que la personne ordinaire, aux fins du critère objectif de la provocation, est présumée être du même âge et du même sexe que l'accusé». Je voudrais cependant ajouter qu'il y aura, à mon avis, des cas où l'omission de le faire, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, pourrait être injuste et constituer un erreur donnant lieu à cassation, non pas parce qu'une règle spéciale s'applique aux directives sur la provocation, mais plutôt en vertu de la règle générale que l'exposé du juge au jury doit toujours être équitable.

Tel n'est pas le cas en l'espèce et le juge du procès n'a pas commis d'erreur en omettant de donner une telle directive. Toutefois, à mon humble avis, il a commis une erreur lorsqu'il a donné des directives au jury équivalant à exclure l'âge comme un facteur pertinent lors de son examen de la «première partie» du critère de la provocation. Dans son exposé, il a instruit le jury sur les règles de droit relatives à la provocation de la manière suivante.

Lorsqu'il a fait des observations sur la première étape, le critère objectif, il a dit:

[TRADUCTION] D'abord, les mots mêmes doivent être de nature à priver une personne ordinaire du pouvoir de

part of the Defence you are not to consider the particular mental make-up of the accused; rather the standard is that of the ordinary person. You will ask yourselves would the words or acts in this case have caused an ordinary person to lose his self-control.

And, after referring to the facts of the case relevant to this first determination, he went on to say:

You will consider that evidence and you will decide whether the words and acts were sufficient to cause an ordinary person to lose his self-control.

And then, turning to the second phase, the subjective test, he said to them:

If you find that they were, you will then secondly consider whether the accused acted on the provocation on the sudden before there was time for his passion to cool. In deciding this question you are not restricted to the standard of the ordinary person. You will take into account the mental, the emotional, the physical characteristics and the age of this accused.

(Emphasis added.)

And finally:

You will also ask yourselves was the provocation such that it would have led a person with the mental and physical condition and the age of the accused to respond in this way.

(Emphasis added.)

Sharing the Chief Justice's confidence in the level of intelligence and plain common sense of the average Canadian juror, I cannot but conclude that, in all likelihood, the jury understood that the objective test excluded consideration of age, while the subjective test no longer restricted them and that they could, indeed should, at that latter stage then consider the accused's age. It is on this narrow ground, the effect of the trial judge's instructions upon the jury, that I disagree with the Chief Justice.

The appeal should be dismissed and the Court of Appeal's order for a new trial should stand.

se maîtriser. En analysant cette partie du moyen de défense, vous ne devez pas tenir compte du profil mental particulier de l'accusé; en effet la norme est celle d'une personne ordinaire. Vous vous demanderez si les mots où les actes dans ce cas-ci auraient amené une personne ordinaire à perdre le pouvoir de se maîtriser.

Et, après avoir mentionné les faits de l'espèce qui ont un rapport avec cette première détermination, il a poursuivi:

[TRADUCTION] Vous examinerez ces éléments de preuve et vous déciderez si les paroles et les actes étaient suffisants pour qu'une personne ordinaire perde le pouvoir de se maîtriser.

Et ensuite, lorsqu'il a examiné la deuxième étape, le critère subjectif, il a dit:

[TRADUCTION] Si vous concluez qu'ils étaient suffisants, vous vous demanderez ensuite si l'accusé a agi sous l'impulsion d'une provocation sans avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Pour trancher cette question, vous n'êtes pas limités par la norme de la personne ordinaire. Vous tiendrez compte des caractéristiques mentales, émotives et physiques de cet accusé et de son âge.

(C'est moi qui souligne.)

Et finalement:

[TRADUCTION] Vous vous demanderez aussi si la provocation était telle qu'elle aurait amené une personne du même état mental et physique que l'accusé et du même âge que celui-ci à réagir de cette manière.

(C'est moi qui souligne.)

Partageant la confiance du Juge en chef dans le niveau d'intelligence et de bon sens du juré canadien moyen, je ne peux que conclure que, selon toute vraisemblance, les membres du jury ont compris que le critère objectif excluait la considération de l'âge, tandis que le critère subjectif ne les limitait désormais plus et qu'ils pouvaient, qu'ils devaient même, à cette dernière étape tenir compte de l'âge de l'accusé. C'est sur ce motif étroit, l'effet des directives du juge du procès sur le jury, que je ne souscris pas à l'opinion du Juge en chef.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel portant nouveau procès.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (*dissenting*)—This case requires a consideration of the defence of provocation under s. 215 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The relevant portions of the section read as follows:

215. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted upon it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

The specific question the Court must address is whether the objective standard of the “ordinary person” upon which the defence is premised can take into account personal attributes of the accused such as his age and sex.

1. The Facts

The facts of the case are in some dispute, different versions having been presented at trial by the Crown and the defence. However, it would appear that the respondent, a sixteen-year old youth, was acquainted with the deceased, Verne Pegg, through Pegg’s having acted as a volunteer “big brother” to the respondent and his younger brother. Pegg, who was thirty-two years of age at the time of his death, had befriended the respondent and the two had engaged in numerous social activities together over a period of about a year.

In the early morning of December 7, 1979 a police officer was dispatched to Pegg’s residence in Belleville, Ontario, where he found Pegg’s body lying in a pool of blood on the living room floor. Next to the body were two blood-stained steak knives which had apparently been used to inflict several laceration and puncture wounds on the chest of the deceased. On the floor in the bedroom the police discovered a hatchet covered with the deceased’s blood. It would appear that this hatchet had been used to inflict a deep gash on the right side of the deceased’s head. The walls and floor of the bedroom and living room were splattered with

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (*dissidente*)—Le présent pourvoi exige l’analyse du moyen de défense de provocation prévu à l’art. 215 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Les parties pertinentes de l’article sont ainsi conçues:

215. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l’a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu’elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation aux fins du présent article, si l’accusé a agi sous l’impulsion du moment et avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

La question précise à laquelle la Cour doit répondre est de savoir si la norme objective de la «personne ordinaire» sur laquelle le moyen de défense est fondé peut tenir compte des caractéristiques personnelles de l’accusé comme son âge et son sexe.

e 1. Les faits

Les faits de l’espèce sont contestés, la poursuite et la défense en ayant présenté des versions divergentes au procès. Il appert cependant que l’intimé, un jeune homme de seize ans, connaissait la victime, Verne Pegg, parce que celui-ci avait agi bénévolement à titre de «grand frère» de l’intimé et de son frère cadet. Pegg, qui avait trente-deux ans au moment de son décès, était devenu l’ami de l’intimé et ensemble ils avaient participé à de nombreuses activités sociales depuis environ un an.

Tôt le matin du 7 décembre 1979, un agent de police a été envoyé à la résidence de Pegg, à Belleville en Ontario, où il a trouvé le corps de celui-ci dans une mare de sang, sur le plancher de la salle de séjour. Près du cadavre, il y avait deux couteaux à bifteck tachés de sang qui avaient apparemment servi à infliger plusieurs blessures par laceration et perforation à la poitrine de la victime. Sur le plancher de la chambre à coucher, la police a trouvé une hachette couverte du sang de la victime. Il semble que cette hachette ait servi à infliger une profonde entaille au côté droit de la tête de la victime. Les murs et le plancher de la

blood, as were also the sheets on the deceased's bed.

The discovery was made several hours after the respondent had been arrested on Highway 401 while driving down the centre of the highway in Pegg's automobile. A search of the vehicle turned up a number of credit cards and other identification in Pegg's name. The respondent denied knowing the deceased at first but eventually made a statement to the police indicating that he had killed Pegg in the early morning hours after Pegg had made uninvited sexual advances toward him.

The theory presented by the Crown at trial was that the respondent and Pegg were homosexual lovers and that Pegg's death resulted from a violent quarrel between the two the previous night. The respondent, however, testified in his own defence and presented a very different picture. He stated that he had visited Pegg's apartment the previous evening and had fallen asleep on Pegg's sofa. He was awakened at approximately 1:00 a.m. by Pegg's uninvited caressing of his chest and legs. It was the respondent's contention that he was so shocked and enraged at Pegg's actions that he unthinkingly grabbed a hatchet which was lying with some camping equipment and swung it at Pegg striking him on the head. As Pegg staggered away the respondent fled the apartment clad only in his underwear.

Within minutes, according to the respondent's testimony, he returned to the apartment to see if Pegg was all right. On entering the apartment he saw Pegg standing with the telephone in his hand. Pegg said he was going to kill him. The respondent thereupon grabbed two knives from the kitchen counter and as the deceased slowly advanced towards him stabbed him twice in the chest. The respondent could not recall stabbing Pegg a third time, but he testified that between the first and second blows Pegg struggled upright and, half sitting, threatened his life again. After the stabbing the respondent took Pegg's keys and wallet from the bedroom, dressed himself and fled the scene in Pegg's car. He testified that he was in a state of shock while driving the car down the centre of Highway 401, haunted by the terrifying

chambre à coucher et de la salle de séjour étaient éclaboussés de sang, de même que les draps du lit de la victime.

La découverte fut faite plusieurs heures après l'arrestation de l'intimé sur l'autoroute 401 alors qu'il circulait sur le terre-plein de l'autoroute dans l'automobile de Pegg. Une fouille du véhicule permit de retrouver un certain nombre de cartes de crédit et d'autres pièces d'identité au nom de Pegg. L'intimé nia d'abord connaître la victime, mais finit par faire une déclaration à la police indiquant qu'il avait tué Pegg tôt le matin après que celui-ci lui eut fait des avances sexuelles non sollicitées.

Selon la théorie présentée par la poursuite au procès, l'intimé et Pegg étaient des amants homosexuels et la mort de Pegg résulte d'une violente querelle entre eux survenue la nuit précédente. L'intimé a cependant témoigné pour sa propre défense et présenté une version très différente. Il affirme qu'il est allé chez Pegg dans la soirée précédente et s'est endormi sur son sofa. Il a été éveillé vers une heure du matin par Pegg qui lui caressait la poitrine et les jambes sans y avoir été invité. L'intimé affirme que les actes de Pegg l'ont tellement surpris et rendu si furieux qu'il a saisi, sans réfléchir, une hachette qui se trouvait là dans du matériel de camping et l'a brandie en direction de Pegg qui a été atteint à la tête. Au moment où Pegg s'éloignait en titubant, l'intimé est sorti de l'appartement vêtu de seulement ses sous-vêtements.

Selon le témoignage de l'intimé, il est revenu quelques minutes plus tard dans l'appartement pour voir comment allait Pegg. En entrant dans l'appartement il l'a vu debout, le téléphone à la main. Pegg a dit qu'il allait le tuer. L'intimé a alors saisi deux couteaux sur le comptoir de la cuisine et, au moment où la victime s'avançait lentement vers lui, il l'a poignardé à deux reprises à la poitrine. L'intimé ne peut se rappeler avoir poignardé Pegg une troisième fois, mais il a témoigné qu'entre le premier et le deuxième coup, Pegg a cherché à se relever et que, à demi assis, il a menacé à nouveau de le tuer. Après avoir poignardé Pegg, l'intimé lui a pris ses clés et son porte-monnaie dans la chambre à coucher, s'est rhabillé et s'est enfui dans la voiture de Pegg. Il a déclaré qu'il était dans un état de choc au moment

spectre of Pegg's face as he advanced towards him in the apartment.

2. The Courts Below

The respondent was tried on a charge of murder in the Supreme Court of Ontario before Walsh J. and a jury. The defences of self-defence and provocation were relied upon. The respondent was convicted of the lesser offence of second degree murder.

On the issue of provocation Walsh J. charged the jury in the usual way, indicating that in the first part of their analysis they must be satisfied that the respondent's act met the test of an objective standard of behaviour which could be expected from an "ordinary person" and that, if they were so satisfied, they could then go on to consider as a subjective matter whether the respondent was in fact provoked and in fact acted on the provocation before there was time for his passion to cool. In instructing the jury as to the meaning of "ordinary person" in s. 215(2) of the *Criminal Code* Walsh J. stated:

First, the actual words must be such as would deprive an ordinary person of self-control. In considering this part of the Defence you are not to consider the particular mental make-up of the accused; rather the standard is that of the ordinary person. You will ask yourselves would the words or acts in this case have caused an ordinary person to lose his self-control.

And later he said:

If you find that they were, you will then secondly consider whether the accused acted on the provocation on the sudden before there was time for his passion to cool. In deciding this question you are not restricted to the standard of the ordinary person. You will take into account the mental, the emotional, the physical characteristics and the age of this accused.

Counsel for the respondent challenged this formulation of the first part of the defence of provocation on the basis that it did not make clear to the jury that the "ordinary person" whose reaction they were to consider was an ordinary person of

où il conduisait la voiture sur le terre-plein de l'autoroute 401, hanté par le spectre terrifiant du visage de Pegg qui s'avançait vers lui dans l'appartement.

^a 2. Les cours d'instance inférieure

L'intimé a subi son procès relativement à une accusation de meurtre en Cour suprême de l'Ontario devant le juge Walsh et un jury. Il a invoqué les moyens de défense de légitime défense et de provocation. L'intimé a été déclaré coupable de l'infraction moindre de meurtre au second degré.

^b Au sujet de la défense de provocation, le juge Walsh a instruit les jurés de la façon habituelle, indiquant que dans la première partie de leur analyse ils devaient être convaincus que l'acte de l'intimé satisfaisait au critère de la norme objective de conduite qu'on peut attendre d'une «personne ordinaire» et que, s'ils en étaient convaincus, ils pouvaient ensuite tenir compte de l'aspect subjectif de savoir si l'intimé avait réellement été provoqué et avait, en réalité, agi à cause de cette ^c provocation avant d'avoir le temps de reprendre son sang-froid. Dans ses directives au jury sur le sens de «personne ordinaire» du par. 215(2) du *Code criminel*, le juge Walsh a dit:

^d [TRADUCTION] D'abord, les mots mêmes doivent être de nature à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. En analysant cette partie du moyen de défense, vous ne devez pas tenir compte du profil mental particulier de l'accusé; en effet la norme est celle d'une personne ordinaire. Vous vous demanderez si les mots ou ^e les actes dans ce cas-ci auraient amené une personne ordinaire à perdre le pouvoir de se maîtriser.

Il a ajouté ensuite:

^f [TRADUCTION] Si vous concluez qu'ils étaient suffisants, vous vous demanderez ensuite si l'accusé a agi sous l'impulsion d'une provocation sans avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Pour trancher cette question, vous n'êtes pas limités par la norme de la personne ordinaire. Vous tiendrez compte des caractéristiques ^g mentales, émotives et physiques de cet accusé et de son âge.

^h L'avocat de l'intimé a contesté la formulation de la première partie du moyen de défense de provocation en ce qu'elle n'indiquait pas clairement aux jurés que la «personne ordinaire» dont ils devaient considérer la réaction était une personne ordinaire

the same age and sex as the accused. Brooke J.A., in brief oral reasons on behalf of a unanimous court, allowed the appeal and ordered a new trial. In his view, the failure of the trial judge to charge the jury that the objective "ordinary person" standard must take account of the age and sex of the accused was misdirection. As the matter was left to the jury by the trial judge, the respondent's age and sex could only be considered in the second stage of the provocation defence after it had already been determined that the ordinary person might have had a more mature and controlled reaction than the respondent. This was seriously prejudicial to the defence and the conviction could not be allowed to stand.

3. The Objective Test

The central question posed in this appeal is how the objective test for the provocation defence is to be formulated and the extent to which characteristics peculiar to the individual accused can be taken into account. Section 215(2) of the *Code* provides merely that the incident giving rise to the provocation must be "of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control . . ." This rather cryptic statutory language requires interpretation in order to achieve the presumed purpose of the legislature in requiring the accused's conduct to be measured against that of the "ordinary person". What is the rationale underlying the objective test?

Like the "reasonable man" standard in tort law, the reference to the "ordinary person" in s. 215(2) embodies the notion that acts falling below the applicable standard are considered wrongful whether or not the individual defendant (or accused) had the capacity to meet the standard. Thus, in the classic negligence case of *Vaughan v. Menlove* (1837), 3 Bing. N.C. 468 (C.P.), it was held that a defendant's innate stupidity cannot be put forward as a tort defence since he owes his neighbour a duty to take reasonable care regardless of his personal capacity for reasonableness. Similarly in the context of criminal culpability, it was held in the leading case of *R. v. Lesbini* (1914), 11 Cr. App. R. 7 (C.A.), that the mental

du même âge et du même sexe que l'accusé. Le juge Brooke, dans les brefs motifs oraux qu'il a rendus pour la Cour d'appel à l'unanimité, a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. À son avis, l'omission du juge du procès d'exposer au jury que la norme objective de la «personne ordinaire» doit tenir compte de l'âge et du sexe de l'accusé équivalait à une directive erronée. Selon les directives du juge du procès au jury, celui-ci ne pouvait tenir compte de l'âge et du sexe de l'intimé qu'à la deuxième étape de l'analyse du moyen de défense de provocation, après qu'il eût conclu que la personne ordinaire aurait pu avoir des réactions plus mûres et plus sereines que l'intimé. La défense avait subi un préjudice grave et la déclaration de culpabilité ne pouvait être maintenue.

3. Le critère objectif

La question centrale que soulève le présent pourvoi est de savoir comment formuler le critère objectif du moyen de défense de provocation et dans quelle mesure on peut tenir compte des caractéristiques propres à chaque accusé. Le paragraphe 215(2) du *Code* dispose simplement que l'incident qui donne lieu à la provocation doit être «de telle nature qu'[il] suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser . . . » Cette disposition législative plutôt sybilline exige qu'on ait recours à l'interprétation si on veut atteindre le but que le législateur est censé avoir recherché en exigeant que la conduite de l'accusé soit évaluée en fonction de celle d'une «personne ordinaire».

Quelle est la raison d'être du critère objectif?

Comme la norme de la «personne raisonnable» en responsabilité délictuelle, la mention de la «personne ordinaire» au par. 215(2) concrétise l'idée que les actes qui ne satisfont pas à la norme applicable sont considérés comme répréhensibles, que le prévenu ou l'accusé ait ou non la capacité de satisfaire à cette norme. Ainsi, dans l'arrêt de principe en matière de négligence *Vaughan v. Menlove* (1837), 3 Bing. N.C. 468 (C.P.), il a été jugé qu'on ne peut invoquer l'imbécillité naturelle du défendeur comme moyen de défense en responsabilité délictuelle puisque le défendeur a envers son prochain une obligation de diligence indépendamment de son aptitude personnelle à être raisonnable. De même dans le domaine de la responsabi-

deficiency of the accused cannot be taken into account in analyzing the defence of provocation since, short of insanity, the law imposes full responsibility for intentional injurious acts except in those provocative situations where the ordinary person would not have acted any differently.

Stupidity, of course, is not the only subjective character trait which cannot be taken into account in measuring the accused's acts against the objective standard of behaviour. Almost the entire spectrum of personality traits has been considered and rejected by English and Canadian courts as factors pertinent to the provocation defence. Thus, in *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404, it was determined that the temperament of the accused and his peculiar psychological make-up are not relevant to the question whether he has met the objective standard required of every person. Similarly, the fact that the accused was unusually excitable or prone to emotional outbursts was disallowed as a factor which the jury could consider in *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1 (H.L.) And a tendency toward fits of rage brought on by drunkenness was excluded as an ingredient making up the standard of behaviour of the "ordinary person" in *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335. As Laycraft J.A. has recently indicated in *R. v. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542 (N.W.T.C.A.), at p. 551, such varying mental and emotional capacities or personality traits, if attributed to the "ordinary person" and taken into account by the jury in the first stage of the analysis of the provocation defence, would "denude the test of objectivity".

The objective standard, therefore, may be said to exist in order to ensure that in the evaluation of the provocation defence there is no fluctuating standard of self-control against which accuseds are measured. The governing principles are those of equality and individual responsibility, so that all persons are held to the same standard notwithstanding their distinctive personality traits and varying capacities to achieve the standard. The

lité criminelle, on a jugé dans l'arrêt de principe *R. v. Lesbini* (1914), 11 Cr. App. R. 7 (C.A.), qu'on ne peut tenir compte de la déficience mentale de l'accusé dans l'analyse du moyen de défense de provocation puisque, hormis le cas d'aliénation mentale, la loi impose la responsabilité entière à l'égard des actes répréhensibles intentionnels, sauf dans les situations de provocation où une personne ordinaire n'aurait pas agi autrement.

L'imbécillité n'est certes pas le seul trait de caractère subjectif dont on ne peut tenir compte pour évaluer les actes de l'accusé en fonction de la norme objective de conduite. Les tribunaux anglais et canadiens ont examiné et rejeté presque toute la gamme des traits de caractère comme facteurs applicables à la provocation. Ainsi, dans l'arrêt *Salamon v. The Queen*, [1959] R.C.S. 404, il a été décidé que le tempérament de l'accusé et son profil psychologique particulier n'étaient pas pertinents pour déterminer s'il avait satisfait à la norme objective exigée de tous. De même, l'excitabilité inhabituelle de l'accusé et sa propension aux mouvements de colère n'ont pas été considérées comme des facteurs dont le jury pouvait tenir compte dans l'arrêt *Mancini v. Director of Public Prosecutions*, [1942] A.C. 1 (H.L.) On a exclu la tendance à des accès de rage causés par l'ivresse des éléments qui composent la norme de conduite de la «personne ordinaire» dans l'arrêt *Wright v. The Queen*, [1969] R.C.S. 335. Comme le juge Laycraft l'a indiqué récemment dans l'arrêt *R. v. Daniels* (1983), 7 C.C.C. (3d) 542 (C.A.T.N.-O.), à la p. 551, si ces diverses facultés mentales et émotives ou traits de caractère étaient attribués à la «personne ordinaire» et pris en considération par le jury à la première étape de l'analyse du moyen de défense de provocation, [TRADUCTION] «le critère se trouverait dénué d'objectivité».

En conséquence, on peut dire que la norme objective existe dans le but d'assurer que, à l'occasion de l'évaluation du moyen de défense de provocation, il n'y a pas de variation de la norme de maîtrise de soi en vertu de laquelle les accusés sont jugés. Les principes de fond sont ceux d'égalité et de responsabilité individuelle, de sorte que tous sont tenus à la même norme, indépendamment de leurs traits de caractère distinctifs et de leurs

success of a provocation defence rests on establishing the accused's act as one which any ordinary person might have done in the circumstances and not upon eliciting the court's compassion for an accused whose act was unjustified but who could not control himself in the way expected of an ordinary person. It is evident that any deviation from this objective standard against which an accused's level of self-control is measured necessarily introduces an element of inequality in the way in which the actions of different persons are evaluated and must therefore be avoided if the underlying principle that all persons are equally responsible for their actions is to be maintained.

A more difficult problem arises when the question is whether the physical attributes of the accused can be considered and incorporated into the objective standard. This has been a somewhat vexatious question on which the English and Canadian authorities are divided. In *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119 (H.L.), it was held that purely physical peculiarities of the accused could not be taken into account by the jury in applying the objective test to the accused's behaviour. The accused in that case was a sexually impotent man who was jeered at by a prostitute when he was unable to have sexual intercourse with her. The House of Lords reasoned that sexual impotency was not an ailment suffered by the "ordinary person" and that as such it could not be considered in any objective assessment of the accused's reaction to the victim's taunt. A similar line of reasoning was pursued by Culliton C.J.S. in *R. v. Parnerkar* (1971), 5 C.C.C. (2d) 11 (Sask. C.A.), and affirmed by Fauteux C.J. in *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449. In that case the ethnic background of the accused was rejected as a factor that could be taken into account in the objective stage of the provocation defence. The accused was a black man who was subjected to a racial slur by a woman with whom he had a long standing relationship and whom he desired to marry. Culliton C.J.S. indicated (at p. 27) that although the derogatory use of the word "black" might have particular significance to the accused due to his ethnic affiliation, it

diverses facultés à satisfaire à la norme. Le moyen de défense de provocation réussira si l'on prouve que l'acte de l'accusé est un acte qu'une personne ordinaire aurait pu faire dans les circonstances et non si on attire la compassion de la cour sur un accusé dont l'acte était injustifié mais qui n'a pu se maîtriser de la façon dont une personne ordinaire l'aurait fait. Il est évident que toute dérogation à cette norme objective en fonction de laquelle le degré de maîtrise de soi de l'accusé est jugé amène nécessairement un élément d'inégalité dans la façon dont les actes de différentes personnes sont évalués. Il faut donc éviter ces dérogations si on veut maintenir le principe fondamental que tous les êtres sont également responsables de leurs actes.

Une question plus difficile surgit lorsqu'il s'agit de savoir si les caractéristiques physiques de l'accusé peuvent entrer en ligne de compte et si l'on peut les incorporer à la norme objective. Il s'agit d'une question épineuse sur laquelle la jurisprudence anglaise et la jurisprudence canadienne sont divisées. Dans l'arrêt *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119 (H.L.), on a statué que le jury ne pouvait tenir compte d'une caractéristique purement physique de l'accusé en appliquant le critère objectif à la conduite de l'accusé. Dans cette affaire-là, l'accusé était impuissant et avait été ridiculisé par une prostituée parce qu'il était incapable d'avoir des relations sexuelles avec elle. La Chambre des lords a conclu que l'impuissance n'était pas une infirmité dont la «personne ordinaire» est affligée et qu'à ce titre elle ne pouvait entrer en ligne de compte dans une évaluation objective de la réaction de l'accusé aux sarcasmes de la victime. Le juge en chef Culliton a suivi un raisonnement semblable dans l'arrêt *R. v. Parnerkar* (1971), 5 C.C.C. (2d) 11 (C.A. Sask.), confirmé par le juge en chef Fauteux dans l'arrêt *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449. Dans cette affaire-là, on a écarté l'origine ethnique de l'accusé comme facteur dont on pouvait tenir compte à l'étape objective de l'examen du moyen de défense fondé sur la provocation. L'accusé, un noir, avait été insulté par une remarque raciste d'une femme qu'il fréquentait depuis longtemps et qu'il se proposait d'épouser. Le juge en chef Culliton a indiqué à la p. 27 que, bien que l'emploi

cannot be said that such an expression was one that would deprive an "ordinary person" of the power of self-control.

These cases may be contrasted with the decision of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705, in which the age of the accused was held to be a factor that could be taken into consideration. As in the case at bar, the accused Camplin was a male youth who had been victimized by a homosexual assault. He was subsequently laughed at by his assailant, at which point he lost his power of self-control and unleashed a mortal blow with a chapati pan. Lord Diplock indicated that the age of the accused could be taken into account by the jury by attributing this characteristic to the "ordinary person". In doing so, he expressly indicated, at p. 717, that age could be considered by the jury for two distinct purposes, namely (1) for the purpose of "assessing the gravity of the provocation addressed to the accused" and (2) for the purpose of "determining what is the degree of self-control to be expected of the ordinary person with whom the accused's conduct is to be compared". In other words, *Camplin* would allow a particular physical attribute such as the accused's age to be taken into account for the purpose of evaluating the gravity of the provocation. It would also allow particular mental attributes or personality traits such as the accused's immaturity to be taken into account for the purpose of determining the standard of self-control against which his conduct is to be measured. The former holding undermines the *Bedder* and *Parnerkar* line of cases, whereas the latter reasoning tends to undermine the objectivity of the "ordinary person" standard as expressed in *Lesbini*, *Salamon* and *Wright*.

The problem with the *Bedder* and *Parnerkar* line of cases, as I see it, is that they seem to assume that provocative insults occur in a vacuum and that therefore no facts pertinent to the individual accused need be taken into account in assessing the reaction to an insult. This, however, does not conform to reality since an insulting remark or gesture has to be placed in context

méprisant du mot [TRADUCTION] «noir» ait pu avoir une signification particulière pour l'accusé à cause de son origine ethnique, on ne peut pas dire que cette expression soit de nature à priver une «personne ordinaire» de la maîtrise d'elle-même.

On peut mettre ces arrêts en opposition avec l'arrêt de la Chambre des lords *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705, dans lequel on a statué que l'âge de l'accusé était un facteur dont on pouvait tenir compte. Comme en l'espèce, l'accusé Camplin était un jeune homme victime d'une agression homosexuelle. Son agresseur l'a par la suite ridiculisé; il a alors perdu la maîtrise de lui-même et lui a assainé un coup mortel de poêle à *chapati*. Lord Diplock a indiqué que le jury pouvait tenir compte de l'âge de l'accusé en attribuant cette caractéristique à la «personne ordinaire». Ce faisant, il indique expressément à la p. 717 que le jury peut considérer l'âge à deux fins distinctes, savoir (1) dans le but de [TRADUCTION] «évaluer la gravité de la provocation infligée à l'accusé» et (2) dans le but de [TRADUCTION] «déterminer le degré de maîtrise de soi qu'une personne ordinaire devrait avoir et à laquelle la conduite de l'accusé doit être comparée». En d'autres termes, l'arrêt *Camplin* permettrait de tenir compte d'une caractéristique physique particulière, comme l'âge de l'accusé, dans le but d'évaluer la gravité de la provocation. Il permettrait également de tenir compte de caractéristiques mentales ou traits de personnalité particuliers, comme l'immaturité de l'accusé, dans le but de déterminer la norme de maîtrise de soi en fonction de laquelle il faut évaluer sa conduite. Le premier point affaiblit la jurisprudence conforme aux arrêts *Bedder* et *Parnerkar* alors que le second tend à affaiblir l'objectivité de la norme de la «personne ordinaire» exprimée par les arrêts *Lesbini*, *Salamon* et *Wright*.

Le problème de la jurisprudence conforme aux arrêts *Bedder* et *Parnerkar* est, d'après moi, qu'elle semble supposer que des insultes provocantes se produisent dans le vide et qu'en conséquence il n'est pas nécessaire de tenir compte des faits relatifs à l'accusé pour évaluer sa réaction à une insulte. Cela n'est cependant pas conforme à la réalité puisqu'il faut replacer une remarque ou un

before the extent of its provocativeness can be realistically assessed. As Lord Diplock expressed it in *Camplin, supra*, at p. 717:

To taunt a person because of his race, his physical infirmities or some shameful incident in his past may well be considered by the jury to be more offensive to the person addressed, however equable his temperament, if the facts on which the taunt is founded are true than it would be if they were not. It would stultify much of the mitigation of the previous harshness of the common law in ruling out verbal provocation as capable of reducing murder to manslaughter if the jury could not take into consideration all those factors which in their opinion would affect the gravity of taunts or insults when applied to the person whom they are addressed.

A racial insult directed at a member of the slandered group will clearly sting much more than it would if directed at the "ordinary person" who is not a member of the group. In *Daniels, supra*, for example, where the accused was a woman who stabbed her husband's mistress during a verbal altercation, the jury obviously must take into account the factual context to the extent of recognizing that the accused's marriage had been broken up by the victim even though, following the reasoning in *Bedder* and *Parnerkar*, one could say that the "ordinary person" was not married to Mr. Daniels and would therefore not be similarly affected by a verbal slight from his mistress.

It seems apparent that certain attributes of the accused and his or her circumstances must be taken into account, be they features of the accused's life, elements of his culture or physical features to which the particular insult was addressed. This use of the accused's attributes does not, in my view, undermine the objective standard because it is done purely for the purpose of putting the insult into context and assessing its gravity. A certain type of jeer or derisive remark may mean something to a teenager and be meaningless to an adult. The insult to the accused in *Parnerkar* would only be perceived as an insult by a jury cognizant of the accused's race. The objective standard and its underlying principles of equality and individual responsibility are not, in my opin-

geste insultant dans son contexte avant de pouvoir en évaluer le caractère provoquant de façon réaliste. Comme lord Diplock l'a dit dans l'arrêt *Camplin*, précité, à la p. 717:

^a [TRADUCTION] Le jury peut bien considérer que railler une personne à cause de sa race, de ses infirmités physiques ou de quelque incident honteux de sa vie passée est plus insultant pour la personne visée, même si elle est de tempérament très égal, si les faits sur lesquels ^b la raillerie se fonde sont vrais que s'ils ne le sont pas. Ce serait rétablir presque toute la dureté antérieure de la *common law* que d'écartier la possibilité qu'une provocation verbale puisse réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable si les membres du jury ne pou- ^c vaient pas tenir compte de tous les facteurs qui, à leur avis, ont eu un effet sur la gravité des railleries ou des insultes compte tenu de la personne visée.

Une insulte raciste lancée à quelqu'un qui appartient au groupe calomnié est manifestement plus blessante que si elle est adressée à une «personne ordinaire» qui n'appartient pas à ce groupe. Dans l'arrêt *Daniels*, précité, par exemple, dans laquelle l'accusée était une femme qui avait poignardé la ^e maîtresse de son mari au cours d'une altercation, le jury a manifestement dû tenir compte du contexte concret au point de reconnaître que le mariage de l'accusée avait été rompu par la vic- ^f time même si, selon le raisonnement des arrêts *Bedder* et *Parnerkar*, on pourrait dire qu'une «personne ordinaire» n'est pas mariée à M. Daniels et n'aurait pas en conséquence été touchée par les paroles offensantes de sa maîtresse.

^g Il apparaît qu'il faut tenir compte de certaines caractéristiques de l'accusé et de sa situation, qu'il s'agisse de traits propres à la vie de l'accusé, d'éléments de sa culture ou de traits physiques que ^h l'insulte particulière vise. Ce recours aux caractéristiques de l'accusé n'amointrit pas, à mon avis, la norme objective parce qu'il a lieu dans le seul but de mettre l'insulte dans son contexte et d'en évaluer la gravité. Un certain type de raillerie ou ⁱ de remarque ironique peut avoir un sens pour un adolescent et n'en pas avoir pour un adulte. Seul un jury qui connaissait la race de l'accusé pouvait percevoir l'aspect insultant de l'affront fait à l'accusé dans l'affaire *Parnerkar*. Tenir compte de ces ^j facteurs dans le seul but de mettre l'insulte provocante dans son contexte n'amointrit pas la norme

ion, undermined when such factors are taken into account only for the purpose of putting the provocative insult into context.

By way of contrast, it would certainly undermine the principle of equality if the jury in *Parnerkar* were instructed to evaluate the accused in accordance with a standard of behaviour peculiar to his race. Whereas it is permissible to take into account factors such as the ethnic identity, language or physical infirmity of an accused for the purpose of giving the insult context, it would violate the principle of equality to assert that the reaction of a person of a certain ethnic or linguistic group to an insulting remark must be measured against a different standard from that applicable to others. Likewise, it would undermine the principle of individual responsibility if the jury in *Bedder* were instructed to fashion a special standard of behaviour against which to measure the actions of a person with his particular physical disability. Thus, impotent men are not excused for having a lower provocation threshold than that expected of "ordinary" people but rather are measured against the standard of an ordinary person similarly situated and similarly insulted. The objective standard applies to mental states rather than to attributes which simply go to placing the insult in its proper context. Accordingly, the most appropriate formulation of the objective standard in the first stage of the provocation defence is that of the ordinary person similarly situated and similarly insulted. The jury must be instructed to put themselves, as the embodiment of the ordinary person, in the accused's shoes to the extent that they perceive themselves as confronted with a remark that has the same insulting effect on them as the actual remark had on the accused.

This formulation, it will be noted, represents a modified version of the *Camplin* rule. As indicated earlier, Lord Diplock allowed the age of the accused to be incorporated as an attribute of the "ordinary person" not only for the purpose of giving the insult context but also for the purpose of establishing the standard of self-control against

objective ni les principes d'égalité et de responsabilité individuelle sur lesquels elle se fonde.

^a Par contre, on aurait certainement amoindri le principe d'égalité si, dans l'affaire *Parnerkar*, le jury avait reçu comme directive d'évaluer l'accusé en fonction d'une norme de conduite particulière à sa race. Alors qu'il est permis de tenir compte de ^b facteurs comme l'origine ethnique, une infirmité physique ou une difficulté de langage d'un accusé pour placer l'insulte dans son contexte, ce serait manquer au principe d'égalité d'affirmer qu'il faut ^c évaluer la réaction d'un membre d'un groupe ethnique ou linguistique déterminé à une réflexion insultante en fonction de normes différentes de celles qui s'appliquent aux autres personnes. De même, le principe de responsabilité individuelle ^d serait amoindri si dans l'affaire *Bedder*, le jury avait reçu instruction d'inventer une norme spéciale de conduite pour jauger les actes d'une personne affligée de précisément le même handicap physique que *Bedder*. Ainsi, on n'excuse pas les ^e impuissants d'avoir un seuil de réaction à la provocation moins élevé que celui des gens «ordinaires», mais ils sont évalués en fonction de la norme d'une personne ordinaire placée dans une situation semblable et soumise à une insulte semblable. La ^f norme objective s'applique aux états mentaux plutôt qu'aux caractéristiques, qui servent uniquement à mettre l'insulte dans son véritable contexte. En conséquence, la formulation la plus appropriée ^g de la norme objective à la première étape de l'analyse du moyen de défense de provocation est celle de la personne ordinaire placée dans une situation semblable et soumise à une insulte semblable. Il faut indiquer aux jurés de se mettre, en ^h tant qu'incarnation de la personne ordinaire, à la place de l'accusé pour qu'ils se sentent soumis à une réflexion qui a le même effet offensant sur eux que la réflexion réelle lancée à l'accusé.

ⁱ On remarquera que cette formulation constitue une version modifiée de la règle établie dans l'arrêt *Camplin*. Comme je l'ai indiqué plus tôt, lord Diplock a accepté de considérer l'âge de l'accusé comme une caractéristique de la «personne ordinaire» non seulement dans le but de mettre l'insulte dans son contexte, mais aussi dans le but ^j

which the youthful defendant should be measured. He specifically formulated this exception to the objective standard as an excuse premised on the sympathy which the courts must show for an accused who cannot meet the requisite standard of self-control when the usual objective standard is applied. In Lord Diplock's reknowned phraseology (at p. 717): "But to require old heads upon young shoulders is inconsistent with the law's compassion to human infirmity . . ." It is evident that this reasoning cannot be stated as a universally applicable principle since the special treatment accorded an accused who for some reason evokes the court's compassion necessarily embodies a violation of the underlying principles of equality and individual responsibility.

The respondent in the case at bar urges that the jury be permitted to take account of both his age and sex in assessing his reaction to the deceased's unwanted sexual advances. The question to be addressed, therefore, is whether these are physical factors going to the context of the insult or factors going to the accused's subjective mental state.

(a) Age

I believe the respondent is arguing that his age is directly related to his mental state in that his response to the offensive sexual advances was that of an immature person. Thus, in effect, he is stating that sixteen year olds cannot be held to the same level of self-control as can the "ordinary person" who is several years older. He is asking that youthful accused persons be treated unequally and not be held responsible for their actions in the same way as older accused persons. Is there any reason in policy or principle to except age from the foregoing analysis and permit the youth of an accused to govern the standard of self-control expected of him or her?

The policy of the law seems to be somewhat equivocal on this question. Age is identified as a prohibited ground of discrimination in s. 15 of the

d'établir la norme de maîtrise de soi en fonction de laquelle l'adolescent défendeur devait être jugé. Il a expressément formulé cette exception à la norme objective comme une excuse fondée sur la compassion que les tribunaux doivent manifester envers un accusé qui ne peut satisfaire à la norme requise de maîtrise de soi lorsque la norme objective habituelle est appliquée. Selon la terminologie connue employée par lord Diplock (à la p. 717): [TRADUCTION] «Mais exiger de vieilles têtes sur de jeunes épaules est incompatible avec la compassion de la justice envers la fragilité humaine . . .» Il est évident qu'on ne peut formuler ce raisonnement comme un principe universellement applicable puisque le traitement spécial accordé à un accusé qui, pour quelque motif, suscite la compassion du tribunal, constitue nécessairement une violation des principes sous-jacents d'égalité et de responsabilité individuelle.

L'intimé en l'espèce soutient qu'il devrait être permis au jury de tenir compte à la fois de son âge et de son sexe pour évaluer sa réaction aux avances sexuelles non recherchées de la victime. La question à laquelle il faut répondre est donc de savoir si ce sont là des facteurs physiques qui ont trait au contexte de l'insulte ou des facteurs qui ont trait à l'état mental subjectif de l'accusé.

a) L'âge

Je crois que l'intimé soutient que son âge est directement relié à son état mental parce que sa réaction aux avances sexuelles offensantes a été celle d'une personne qui manque de maturité. Donc, en fait, il soutient qu'on ne peut exiger des jeunes de seize ans le même niveau de maîtrise de soi que d'une «personne ordinaire» qui a plusieurs années de plus. Il demande que les jeunes accusés soient traités différemment et ne soient pas tenus responsables de leurs actes de la même façon que les accusés plus âgés. Y a-t-il quelque motif de principe ou de politique pour exclure l'âge de l'analyse précédente et permettre que la jeunesse d'un accusé détermine la norme de maîtrise de soi qu'on peut attendre de lui?

Les principes juridiques sur cette question semblent passablement équivoques. L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* interdit

Canadian Charter of Rights and Freedoms evidencing that in some fundamental sense persons of all ages enjoy the same legal rights and have assumed the same legal responsibilities in society. On the other hand, the legal system has traditionally differentiated between children and adults to the extent that children may be denied the right to vote, to drink alcoholic beverages, etc. Indeed, this Court has held that the right to equality before the law in the *Canadian Bill of Rights* is not violated by different penalties for criminal offences being imposed on youthful offenders from those imposed on their adult counterparts: *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693. This position may be contrasted with the interpretation given to equality rights in *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, where it was held that such differentiations are impermissible as between different ethnic groups.

This legal recognition of only partial rights and responsibilities invested in children is usually found in legislation and can often be attributed to policy considerations designed to ensure the protection of young people from their own actions and the actions of others or to protect others from the actions of young people. Such statutory measures as the prohibition of underage drinking, child labour laws establishing minimum ages for full-time employment, and licensing requirements restricting the operation of motor vehicles to persons over a certain age may be said to fit into this category. In addition, however, one finds indications in the law that the attribution of only partial rights to children goes beyond the legislative policy of the day and represents a principle upon which a great deal of common law thinking has been based. For example, from very early times the common law has deemed children as lacking the capacity to contract: *Wittingham v. Hill* (1619), Cro. Jac. 494; 79 E.R. 421. Similarly, the standard of care in negligence has been adjusted so that a child will not be measured against the same objective standard as an adult: *McEllistrum v. Etches*, [1956] S.C.R. 787. Thus, in a variety of different contexts, the law has recognized a general incapacity in children to act in a fully rational and responsible manner and has accordingly refrained from the rigorous application to them of the principles

toute discrimination en raison de l'âge, ce qui démontre en un certain sens qu'indépendamment de leur âge, les personnes jouissent des mêmes garanties juridiques et ont les mêmes responsabilités juridiques dans la société. D'autre part, le système juridique a traditionnellement fait une différence entre les enfants et les adultes de sorte que les enfants n'ont ni le droit de voter, ni le droit de consommer des boissons alcooliques etc. Cette Cour a même statué qu'imposer des peines différentes aux jeunes délinquants et aux adultes pour des infractions criminelles ne violent pas le droit à l'égalité devant la loi garanti par la *Déclaration canadienne des droits*: *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693. On peut opposer cette position à l'interprétation donnée au droit à l'égalité dans l'arrêt *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, dans lequel on a jugé que ces différenciations entre différents groupes ethniques n'étaient pas permises.

Cette consécration juridique de droits et de responsabilités réduits impartis aux enfants se trouve ordinairement dans les lois et se justifie souvent par des considérations de principe qui visent à protéger les jeunes de leurs propres actes et des actes des autres ou de protéger les autres des actes des jeunes. On peut considérer que des dispositions législatives comme l'interdiction faite aux mineurs de consommer des boissons alcooliques, les lois relatives au travail des jeunes, qui établissent un âge minimum d'emploi à plein temps, et la réglementation relative aux permis de conduire, qui restreint aux personnes ayant atteint un certain âge le droit de conduire, appartiennent à cette catégorie. De plus, on trouve dans le droit des indications que l'attribution aux enfants de droits réduits relève d'autre chose que de la politique législative courante et constitue un principe sur lequel repose une grande partie de la pensée de la *common law*. Par exemple, depuis l'époque la plus lointaine, la *common law* a considéré que les enfants n'avaient pas la capacité de contracter: *Wittingham v. Hill* (1619), Cro. Jac. 494; 79 E.R. 421. De même, la norme de diligence en matière de responsabilité a été adaptée de sorte que les enfants ne soient pas jugés en fonction de la même norme objective que les adultes: *McEllistrum v. Etches*, [1956] R.C.S. 787. Donc, dans divers contextes, le droit reconnaît l'incapacité des enfants

of equality and individual responsibility applied to adults.

Concern over the legal responsibility of children for their actions has to some extent been addressed by Parliament in the *Young Offenders Act*, 1980-81-82-83, (Can.), c. 110. Persons under certain specified ages who are charged with criminal offences are removed from the usual adjudicative process and dealt with in specially devised forums. The statute is silent, however, on how children are to be treated who do not fall within its provisions for special procedures. Specifically, it does not address the concern the law has always had over holding young people, who for many purposes are not equal to adults in their legal rights and responsibilities, to a standard of behaviour which embodies this precise notion of equality of responsibility. Thus, the fact that some children are by virtue of this legislation completely removed from the ordinary processes of criminal justice does not answer the question how the actions of young people who do come before the ordinary criminal courts are to be evaluated.

In my opinion, if the legal system is to reflect accurately the view of children as being in the developmental stages *en route* to full functioning capacity as adults, the standard against which children's actions are measured must be such as can logically culminate in the objective standard of the ordinary person upon their arrival at full adulthood. In negligence law, for example, whereas an extremely young infant assumes almost no legal liability for his or her actions (*Walmsley v. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232 (B.C.S.C.)), older children are expected to conform to the standard appropriate for ordinary children of the same age: see Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), pp. 107-08. Accordingly, it has been determined that the standard of care applicable to children is only partially objective in that it must be adjusted incrementally in accordance with the age of the child in question: *McHale v. Watson*

d'agir de façon tout à fait rationnelle et responsable et s'est abstenu en conséquence de leur appliquer rigoureusement les principes d'égalité et de responsabilité individuelle qu'il applique aux adultes.

Le Parlement s'est d'une certaine façon penché sur la responsabilité juridique des enfants à l'égard de leurs actes en adoptant la *Loi sur les jeunes contrevenants*, 1980-81-82-83 (Can.), chap. 110. Les personnes qui n'ont pas atteint les âges déterminés et qui sont inculpées d'infractions criminelles sont soustraites au processus judiciaire normal et confiés à des tribunaux spécialement créés à cette fin. La Loi est cependant muette sur la façon dont il faut traiter les enfants qui ne relèvent pas de ses dispositions qui créent des procédures spéciales. Plus précisément, elle ne se penche pas sur l'hésitation que le droit a toujours eu de soumettre les jeunes, qui à de nombreux égards ne sont pas sur un pied d'égalité avec les adultes quant à leurs droits et à leurs responsabilités légales, à une norme de conduite qui incarne cette notion précise d'égalité de responsabilité. En conséquence, bien que cette loi soustraie complètement certains enfants au processus ordinaire de justice pénale, elle ne répond pas à la question de savoir comment il faut évaluer les actes des jeunes qui sont soumis aux tribunaux criminels ordinaires.

À mon avis, si le système juridique doit refléter fidèlement la conception selon laquelle les enfants traversent divers stades d'évolution en cheminant vers l'exercice complet de leurs capacités d'adulte, la norme en fonction de laquelle les actes des enfants s'évaluent doit aussi évoluer de manière à logiquement atteindre la norme objective de la personne ordinaire lorsqu'ils atteignent l'âge adulte. En droit de la responsabilité par exemple, tandis qu'un enfant en très bas âge n'est soumis à presque aucune responsabilité légale pour ses actes (*Walmsley v. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232 (C.S.C.-B.)) on s'attend à ce que des enfants plus âgés se conforment à la norme applicable à des enfants ordinaires du même âge: voir Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), pp. 107 et 108. En conséquence, on a statué que la norme de diligence applicable aux enfants n'est objective qu'en partie en ce qu'elle doit être modifiée progressivement en

(1966), 115 C.L.R. 199 (Aust. H.C.) At some point, of course, there must be a cut-off so that the fully objective standard of the ordinary person can operate. Until this point is reached it stands to reason that the reduced legal standard of responsibility to which children are held is reflected in the semi-objective standard of the ordinary thirteen year old, fourteen year old, etc.

Applying this reasoning to the case at bar, the standard of the ordinary person applicable to adults raising the provocation defence must be adjusted to an incremental scale reflecting the reduced responsibility of the young accused. The measure of self-control properly applicable to the respondent, therefore, is that of the ordinary sixteen year old. This is not, however, conceptually premised on what Lord Diplock refers to as the law's "compassion for human infirmity" since such compassion, in my view, finds its proper place only in the sentencing process. Rather, the incorporation of the accused's age into the objective "ordinary person" standard is an attempt to reflect the extent of the legal rights and responsibilities of children in the legal system. The law treats all persons as equal members of society and holds them responsible on an equal basis for their actions except to the extent that they are in a developmental stage en route to achieving full adulthood and full legal rights and duties. This process of maturation into fully responsible actors in the legal system is reflected in the incrementally adjusted measure of legal responsibility accorded to the actions of youthful accuseds.

(b) Sex

The submission based on the sex of the accused is somewhat different. It is not argued that persons of different sex should be held to different standards of self-control. This would clearly be unacceptable. The submission rather is that the sex of the accused may be considered for the purpose of putting the wrongful act or insult into context and, as Lord Diplock expressed it in *Camplin*, "assess-

fonction de l'âge de l'enfant en cause: *McHale v. Watson* (1966), 115 C.L.R. 199 (Aust. H.C.) Bien sûr il faut qu'à un moment donné cela prenne fin de sorte que la norme objective complète de la personne ordinaire s'applique. Jusqu'à ce que ce point soit atteint, il va sans dire que la norme juridique de responsabilité réduite à laquelle les enfants sont tenus correspond à la norme semi-objective des enfants de treize ans, de quatorze ans, etc.

Si l'on applique ce raisonnement à l'espèce, la norme de la personne ordinaire applicable aux adultes qui invoquent le moyen de défense de provocation doit être modifiée d'une façon graduelle qui tient compte de la responsabilité réduite du jeune accusé. La norme de maîtrise de soi vraiment applicable à l'intimé est donc celle de l'adolescent ordinaire âgé de seize ans. Cette règle n'est cependant pas fondée en principe sur ce que lord Diplock appelle la [TRADUCTION] «compassion de la justice pour la fragilité humaine» puisque à mon avis une telle compassion n'a sa place que dans le processus relatif à la sentence. L'inclusion de l'âge de l'accusé dans la norme objective de la «personne ordinaire» tend plutôt à tenir compte de l'étendue des droits et des obligations juridiques des enfants dans le système juridique. Le droit traite toutes les personnes sur un pied d'égalité comme membres de la société et les soumet aux mêmes responsabilités pour leurs actes, excepté dans la mesure où ils sont en train d'évoluer vers la maturité totale d'adulte, la pleine jouissance de leurs droits et la pleine responsabilité de leurs actes. Ce processus de maturation vers la responsabilité totale de participants au système juridique se manifeste dans la mesure graduelle de responsabilité légale imputée aux jeunes accusés pour leurs actes.

b) Le sexe

L'argument relatif au sexe de l'accusé est un peu différent. On n'a pas soutenu que les personnes de sexes différents devraient être tenues à des normes différentes de maîtrise de soi. Cela serait manifestement inacceptable. L'argument veut plutôt qu'on puisse tenir compte du sexe de l'accusé dans le but de situer l'acte préjudiciable ou l'insulte dans son contexte et, selon l'expression de

ing the gravity of the provocation addressed to the accused". It seems to me that if the objective test is, as I have concluded, the "ordinary person" similarly situated and similarly insulted, then the fact that the victim of the sexual assault, the accused, is a male and that the attack is a homosexual one may properly be considered.

4. Conclusions

(1) In general, particular characteristics of the individual accused and the circumstances in which the accused is found can be taken into account in applying the objective "ordinary person" test at the first stage of the provocation defence only for the purpose of placing the wrongful act or insult in its proper context with a view to assessing its gravity. The underlying principles of equality and individual responsibility cannot be undermined by importing the accused's subjective level of self-control into the "ordinary person" test set out in s. 215(2) of the *Criminal Code*. The jury must be directed to consider any facts which make the wrongful act or insult comprehensible to them in the same way as it was comprehended by the accused and then, having appreciated the factual context in which the wrongful act or insult took place, must measure the accused's response to this insult against the objective standard of the ordinary person similarly situated and similarly insulted.

(2) The Ontario Court of Appeal was correct in identifying the young age of the respondent as a special factor which can be incorporated into the "ordinary person" standard. This reduction in the standard against which young accused persons are measured merely reflects the fact that the law does not attribute to individuals in the developmental stage of their youth the same degree of responsibility as is attributed to fully adult actors. This developmental process is properly embodied in an incrementally adjusted formulation of the "ordinary person" test in accordance with the age of the accused. In this way the basic principles of equality and individual responsibility are embodied in

lord Diplock dans l'arrêt *Camplin*, [TRADUCTION] «évaluer la gravité de la provocation infligée à l'accusé». Il me semble que si le critère objectif est, comme je l'ai conclu, la «personne ordinaire» placée dans une situation semblable et soumise à une insulte semblable, alors le fait que la victime de l'agression sexuelle, l'accusé, est une personne de sexe masculin et qu'il s'agit d'une agression homosexuelle peuvent valablement entrer en ligne de compte.

4. Conclusions

(1) En général, on peut tenir compte des caractéristiques particulières de l'accusé et des circonstances dans lesquelles il se trouve pour appliquer le critère objectif de la «personne ordinaire» à la première étape de l'analyse du moyen de défense de provocation, seulement dans le but de placer l'action injuste ou l'insulte dans leur véritable contexte afin d'en évaluer la gravité. On ne peut amoindrir les principes sous-jacents d'égalité et de responsabilité individuelle en incorporant le niveau subjectif de maîtrise de soi de l'accusé dans le critère de la «personne ordinaire» énoncé au par. 215(2) du *Code criminel*. Il faut dire au jury qu'il doit tenir compte de tous les faits qui lui permettent de comprendre l'action injuste ou l'insulte de la même manière que l'accusé l'a comprise et puis, après avoir évalué le contexte réel dans lequel l'action injuste ou l'insulte s'est produite, qu'il doit jauger la réaction de l'accusé à cette insulte en fonction de la norme objective de la personne ordinaire placée dans une situation semblable et soumise à une insulte semblable.

(2) La Cour d'appel de l'Ontario a eu raison d'identifier le jeune âge de l'intimé comme un facteur spécial qui pouvait entrer dans la norme de la «personne ordinaire». Cet abaissement de la norme en fonction de laquelle les jeunes accusés sont jugés est simplement une manifestation du fait que le droit n'impute pas aux personnes en train d'évoluer vers la maturité le même degré de responsabilité qu'il impute aux personnes tout à fait adultes. L'ajustement graduel de la norme de la «personne ordinaire» selon l'âge de l'accusé rend bien compte de ce processus d'évolution. De cette façon, les principes fondamentaux d'égalité et de responsabilité individuelle sont incorporés dans la

the test to an extent commensurate with the age and capacities of the accused.

(3) The Court of Appeal was also correct in holding that the sex of the respondent could be considered on the objective test, not because different standards of self-control are attributable to the two sexes, but in order to put the wrongful act or insult into context for purposes of assessing its gravity. In assessing the reaction of the ordinary person to a sexual assault it is the ordinary person who is a male subjected to a homosexual assault which must be considered.

In summary, the appropriate formulation of the objective standard against which the respondent's reaction to the wrongful act must be measured in this case is the standard of the ordinary sixteen year old male subjected to a homosexual assault. The jury may well, on the basis of the judge's charge and having regard to the existing state of the jurisprudence in Canada, have rejected the respondent's defence because they measured his conduct against a higher standard. I agree with the Court of Appeal that in these circumstances the conviction cannot be allowed to stand.

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LE DAIN J. (*dissenting*)—I would dismiss the appeal on the ground that the youth of the accused was relevant to the consideration by the jury whether there had been a wrongful act or insult of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control and that the trial judge's charge to the jury was calculated to lead the jury to conclude that they should not consider the age of the accused with reference to this requirement of s. 215(2) of the *Criminal Code* but only with reference to the requirement that the accused acted upon the provocation on the sudden and before there was time for his passion to cool.

In my opinion the age of the accused is relevant in a case such as this to the standard of self-control of the ordinary person rather than to the gravity of

norme d'une manière proportionnelle à l'âge et aux facultés de l'accusé.

(3) La Cour d'appel a eu aussi raison de décider qu'on pouvait tenir compte du sexe de l'accusé dans la norme objective, non pas parce qu'on peut attribuer des normes différentes de maîtrise de soi selon le sexe, mais dans le but de placer l'action injuste ou l'insulte dans leur contexte pour en évaluer la gravité. Dans l'évaluation de la réaction de la personne ordinaire à une agression sexuelle, il faut considérer celle de la personne ordinaire de sexe masculin soumise à une agression homosexuelle.

En résumé, la formulation appropriée de la norme objective en fonction de laquelle il faut évaluer la réaction de l'intimé à l'action injuste en l'espèce, est la norme de l'adolescent ordinaire de seize ans de sexe masculin soumis à une agression homosexuelle. Le jury a bien pu, compte tenu des directives du juge et de l'état actuel de la jurisprudence au Canada, rejeter la défense de l'intimé parce qu'il a évalué sa conduite en fonction d'une norme plus élevée. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que, dans ces circonstances, la déclaration de culpabilité ne saurait être confirmée.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LE DAIN (*dissident*)—Je suis d'avis de rejeter le pourvoi étant donné que la jeunesse de l'accusé est pertinente pour le jury lorsqu'il examine s'il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, et que l'exposé du juge du procès au jury visait à amener ce dernier à conclure qu'il ne devait pas tenir compte de l'âge de l'accusé à l'égard de cette exigence du par. 215(2) du *Code criminel*, mais seulement à l'égard de l'exigence voulant que l'accusé ait agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

À mon avis, l'âge de l'accusé est pertinent dans une affaire comme la présente relativement à la norme de maîtrise de soi de la personne ordinaire

the provocation. With respect, this appears to me to have been the view of Lord Diplock in *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705. I think this appears clearly from Lord Diplock's use of the words "power of self-control" and "standard of self-control" in association with the age of the accused on pp. 717-18, and particularly from what he said on p. 718 should be the judge's direction to the jury: "He should then explain to them that the reasonable man referred to in the question is a person having the power of self-control to be expected of an ordinary person of the sex and age of the accused, but in other respects sharing such of the accused's characteristics as they think would affect the gravity of the provocation to him . . .". I am content, with great respect, to accept the *rationale* or justification suggested by Lord Diplock for regarding the youth of an accused as relevant to the standard of self-control of the ordinary person.

I agree, however, with Wilson J. that sex is not relevant to the standard of self-control of the ordinary person, but it was obviously relevant in this case to the nature and gravity of the provocation claimed by the accused.

My colleagues have quoted the relevant passages in the trial judge's charge to the jury. The critical words for purposes of the issue in the appeal are those which appear in the direction with reference to the requirement that the accused must have acted upon the provocation on the sudden and before there was time for his passion to cool. After telling the jury that they must first decide whether the words and acts "were sufficient to cause an ordinary person to lose his self-control", the trial judge said: "If you find that they were, you will then secondly consider whether the accused acted on the provocation on the sudden before there was time for his passion to cool. In deciding this question you are not restricted to the standard of the ordinary person. You will take into account the mental, the emotional, the physical characteristics and the age of this accused." With great respect

plutôt que relativement à la gravité de la provocation. Avec égards, il me semble que c'est le point de vue de lord Diplock dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Camplin*, [1978] A.C. 705.

^a Je pense que cela ressort clairement de l'emploi par lord Diplock des expressions [TRADUCTION] «pouvoir de se maîtriser» et «norme de maîtrise de soi» en association avec l'âge de l'accusé aux pp. 717 et 718 et, en particulier, de la façon dont il décrit à la p. 718 ce que doit être la directive du juge aux jurés: [TRADUCTION] «Il doit alors leur expliquer que l'homme raisonnable mentionné dans la question est une personne qui a le pouvoir de se maîtriser que l'on attend d'une personne ordinaire du sexe et de l'âge de l'accusé mais qui, par ailleurs, a en commun avec l'accusé des caractéristiques qui, selon eux, affecteraient la gravité de la provocation à son endroit . . . » Avec égards,

^b je me borne à accepter la raison ou la justification suggérée par lord Diplock pour considérer que la jeunesse d'un accusé est pertinente relativement à la norme de maîtrise de soi de la personne ordinaire.

^c Je suis cependant d'accord avec le juge Wilson pour dire que le sexe n'est pas pertinent relativement à la norme de maîtrise de soi de la personne ordinaire, mais qu'il l'était manifestement en l'espèce relativement à la nature et à la gravité de la provocation invoquée par l'accusé.

^d Mes collègues ont cité les passages utiles de l'exposé du juge au jury. Les mots cruciaux pour les fins du pourvoi sont ceux qu'on trouve dans la directive à propos de l'exigence selon laquelle l'accusé doit avoir agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Après avoir dit au jury qu'il doit d'abord décider si les mots et les actes [TRADUCTION] «étaient suffisants pour qu'une personne ordinaire perde le pouvoir de se maîtriser», le juge du procès a ajouté: [TRADUCTION] «Si vous concluez qu'ils étaient suffisants, vous vous demanderez ensuite si l'accusé a agi sous l'impulsion d'une provocation sans avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Pour trancher cette question vous n'êtes pas limités par la norme de la personne ordinaire. Vous tiendrez compte des caractéristiques mentales, émotives et physiques de cet accusé et de son âge.» Avec

for what the Chief Justice has said with reference to the common sense of the average jury, I have been unable to avoid the conclusion that it was a clear implication of this direction that the age of the accused should not be taken into consideration in deciding whether there had been a wrongful act or insult of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. The further reference to age in a later passage of the charge (which, because of what preceded it, must be regarded as also related to the requirement that the accused must have acted upon the provocation on the sudden and before there was time for his passion to cool), could only serve to reinforce this impression, or at the very least to leave the jury with some confusion as to the relevance of age. This in my opinion is sufficient for the disposition of the appeal. It is one thing to consider whether the trial judge was required to make any reference to the relevance of the age of the accused in his charge to the jury; it is another thing to consider whether the reference which he did in fact make was misleading.

As to what, if anything, the trial judge was required to say concerning the age and sex of the accused, I am inclined on the whole to agree with the Chief Justice, with some reservation concerning the question of age. The sex of the accused and its relevance to the gravity of the provocation claimed were, of course, obvious and did not require any observation from the trial judge. The relative youth of the accused would also presumably be obvious, but its relevance as a matter of law to the question whether there had been a wrongful act or insult of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control might be less obvious to a jury and should probably have been drawn to their attention.

For these reasons I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, LAMER, WILSON and LE DAIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Minister of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent: O'Hara, Cromwell & Wilkin, Kingston.

grands égards pour ce que dit le Juge en chef à propos du bon sens du jury moyen, je ne peux pas éviter de conclure qu'il découle clairement de cette directive que l'âge de l'accusé ne devrait pas entrer en ligne de compte pour décider s'il y avait eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. L'autre mention de l'âge plus loin dans l'exposé (qu'on doit, à cause de ce qui la précédait, considérer également reliée à l'exigence selon laquelle l'accusé doit avoir réagi à la provocation sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid) ne pouvait que servir à renforcer cette impression ou, à tout le moins, à créer une certaine confusion chez le jury quant à la pertinence de l'âge. Ceci suffit à mon avis pour trancher le pourvoi. C'est une chose d'examiner si le juge du procès devait mentionner la pertinence de l'âge de l'accusé dans son exposé au jury; c'en est une autre d'examiner si la mention qu'il en a effectivement faite était trompeuse.

Quant à ce que le juge du procès devait dire, le cas échéant, au sujet de l'âge et du sexe de l'accusé, je suis globalement enclin à être d'accord avec le Juge en chef, mais avec certaines réserves sur la question de l'âge. Le sexe de l'accusé et sa pertinence relativement à la gravité de la provocation invoquée étaient, bien sûr, évidents et ne nécessitaient pas de commentaires de la part du juge du procès. La jeunesse relative de l'accusé était aussi probablement évidente, mais sa pertinence, en droit, relativement à la question de savoir s'il y avait eu une action injuste ou une insulte d'une nature telle qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, pouvait être moins évidente pour un jury et aurait probablement dû être portée à son attention.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges LAMER, WILSON et LE DAIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Ministre du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé: O'Hara, Cromwell & Wilkin, Kingston.

Guy Guillemette *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 18145.

1985: October 29; 1986: April 24.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Power of a court of appeal — Appeal by accused from conviction for manslaughter — Court of Appeal ordered new trial on original charge of second-degree murder — Excess of jurisdiction — New trial ordered by Supreme Court on charge of manslaughter — Supreme Court jurisdiction limited by nature of appeal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 603(1), 605(1)(a), (2), 613(1)(a), (2), (4), 618(2)(a), 623(1).

Appellant was charged with second-degree murder and convicted by a jury of the included offence of manslaughter. He appealed this conviction. The Crown chose not to appeal the acquittal for murder. The Court of Appeal allowed the appeal but, instead of acquitting appellant or ordering a new trial on the charge of manslaughter, the Court ordered a new trial to be held on the original charge of second-degree murder. Appellant appealed from this judgment. This appeal is to determine whether, as the Crown did not appeal, the Court of Appeal erred in law in ordering a new trial to be held on the initial charge.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered on the charge of manslaughter.

As the Crown did not appeal the acquittal for murder, the Court of Appeal committed an error of law in ordering a new trial on the initial charge. It exceeded its jurisdiction by allowing a result which only the Crown was entitled to seek under s. 605 of the *Criminal Code*.

This Court has jurisdiction to hear this appeal. Section 618(2)(b) of the *Code* confers on an accused whose acquittal has been set aside by the Court of Appeal an automatic right of appeal to the Supreme Court. How-

Guy Guillemette *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° du greffe: 18145.

1985: 29 octobre; 1986: 24 avril.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c *Droit criminel — Pouvoir d'une cour d'appel — Appel de l'accusé d'un verdict de culpabilité pour homicide involontaire — Cour d'appel ordonnant un nouveau procès sur l'accusation originale de meurtre au deuxième degré — Excès de compétence — Nouveau procès ordonné par la Cour suprême sur l'accusation d'homicide involontaire — Compétence de la Cour suprême limitée par la nature du pourvoi — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 603(1), 605(1)a), (2), 613(1)a), (2), (4), 618(2)a), 623(1).*

^e L'appelant, accusé de meurtre au deuxième degré, a été reconnu coupable par un jury de l'infraction incluse d'homicide involontaire. Il a interjeté appel de ce verdict. Le ministère public pour sa part a choisi de ne pas en appeler de l'acquiescement pour meurtre. La Cour d'appel a accueilli l'appel mais, au lieu d'acquiescer l'appelant ou d'ordonner un nouveau procès sur l'accusation d'homicide involontaire, la Cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation originale de meurtre au deuxième degré. L'appelant en appelle de cette décision. Le présent pourvoi vise à déterminer si en l'absence ^f d'appel par le ministère public, la Cour d'appel a erré en droit en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation initiale.

^g *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné sur l'accusation d'homicide involontaire ^h coupable.

Le ministère public n'ayant pas interjeté appel de l'acquiescement pour meurtre, la Cour d'appel a commis une erreur de droit en ordonnant un nouveau procès sur l'accusation initiale. Elle a excédé sa compétence en accordant des conclusions que seul le ministère public était en droit de rechercher en vertu de l'art. 605 du *Code criminel*.

^j Cette Cour a compétence pour entendre ce pourvoi. L'alinéa 618(2)b) du *Code* confère à un accusé dont l'acquiescement a été annulé par la Cour d'appel le droit de se pourvoir de plein droit en Cour suprême. Toute-

ever, he cannot, under that paragraph, make in this Court any argument made in the Court of Appeal and ask for an acquittal here. In the circumstances he can only challenge the setting aside of his acquittal for murder and ask that the new trial be held on a charge of manslaughter.

Cases Cited

Rickard v. The Queen, [1970] S.C.R. 1022, applied; *R. v. Wilmot*, [1941] S.C.R. 53, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 603(1), 605(1)(a), (2), 613(1)(a), (2), (4) [am. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 75], 618 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 105, s. 18], 623(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal¹, allowing appellant's appeal from a conviction for manslaughter and ordering a new trial on the original charge of second-degree murder. Appeal allowed and new trial ordered on a charge of manslaughter.

François Fortier and *Christian Bélanger*, for the appellant.

René de la Sablonnière and *Maurice Gabias*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—

Facts

On December 23, 1979, Karine Massicotte, appellant's young daughter, was found dead in her bed. No autopsy was ordered and the death was classified as a natural one.

In April, 1982, a friend of Guillemette went to the police and told them that about ten months earlier Guillemette had told him in confidence that he had killed his child.

Officers of the Quebec Provincial Police interviewed appellant and he agreed to take a lie detector test. On being told by the police officers that he had "failed" the test, Guillemette made

fois, il ne lui est pas loisible en vertu de cet alinéa de soulever devant cette Cour tous les moyens avancés en Cour d'appel et de rechercher un acquittement. Il ne pouvait en l'espèce que contester l'annulation de son acquittement pour meurtre et demander que le nouveau procès soit tenu sur une accusation d'homicide involontaire.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Rickard c. La Reine*, [1970] R.C.S. 1022; arrêt mentionné: *R. v. Wilmot*, [1941] R.C.S. 53.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 603(1), 605(1)a), (2), 613(1)a), (2), (4) [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 75], 618 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 105, art. 18], 623(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹, qui a accueilli l'appel de l'appelant à l'encontre d'un verdict d'homicide involontaire coupable et ordonné la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation originale de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné sur l'accusation d'homicide involontaire coupable.

François Fortier et *Christian Bélanger*, pour l'appelant.

René de la Sablonnière et *Maurice Gabias*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—

Les faits

Le 23 décembre 1979, Karine Massicotte, la fillette de l'appelant, fut retrouvée morte dans son lit. Aucune autopsie ne fut ordonnée et le décès fut classé comme mort naturelle.

En avril 1982, un ami de Guillemette alertait la police prétendant avoir obtenu de celui-ci, quelque dix mois auparavant, des confidences à l'effet qu'il avait tué son enfant.

À la suite d'une rencontre entre des agents de la Sûreté du Québec et l'appelant, ce dernier acceptait de se soumettre à un test polygraphique. Avisé par les policiers du fait qu'il aurait «échoué» le test,

¹ C.A. Que., No. 200-10-000162-821, November 7, 1983.

¹ C.A. Qué., n° 200-10-000162-821, 7 novembre 1983.

two statements to the police, one in writing and the other verbal, and he was, in due course, charged with second-degree murder.

Judgments

At the conclusion of a trial by judge and jury, at which only the written statement was admitted in evidence, appellant was convicted of the included offence of manslaughter. He appealed this conviction. The Crown chose not to appeal the acquittal for murder.

On November 7, 1983, the Quebec Court of Appeal allowed the accused's appeal from this conviction on the ground that the trial judge had erred in law in his charge to the jury in mentioning the possible verdict of manslaughter based on provocation. The Court ordered a new trial, not on a charge of manslaughter, but on the initial charge of second-degree murder. Guillemette is now appealing from this decision.

Issue

The principal question raised by the appeal at bar is the following: as the Crown did not appeal, did the Court of Appeal, when deciding an appeal by the accused against his conviction, err in ordering a new trial on the original charge of second-degree murder, when the jury had returned a verdict of guilty of manslaughter?

Law

The accused's appeal must succeed as the Court of Appeal had no jurisdiction to order that a new trial be held on the charge of murder.

The provisions of the *Criminal Code* applicable in the case at bar are the following:

603. (1) A person who is convicted by a trial court in proceedings by indictment may appeal to the court of appeal

(a) against his conviction

Guillemette fit deux déclarations aux policiers, l'une écrite et l'autre verbale. Par la suite, l'appelant fut accusé de meurtre au deuxième degré.

Les jugements

À l'issue d'un procès tenu devant juge et jury, où seule la déclaration écrite fut admise en preuve, l'appelant fut déclaré coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire. Il a interjeté appel de ce verdict de culpabilité. La Couronne a choisi de ne pas en appeler de l'acquiescement pour meurtre.

Le 7 novembre 1983, la Cour d'appel du Québec accueillait l'appel de l'accusé à l'encontre de cette condamnation au motif que le juge du procès avait erré en droit en donnant ouverture à un verdict d'homicide involontaire coupable basé sur la provocation lors de son exposé au jury. La Cour ordonnait la tenue d'un nouveau procès, non pas sur une accusation d'homicide involontaire mais sur l'accusation initiale de meurtre au deuxième degré. C'est de cette décision dont appelle maintenant Guillemette.

Question en litige

La principale question soulevée par le présent pourvoi est la suivante: En l'absence d'appel par la Couronne, la Cour d'appel a-t-elle erré en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation originale de meurtre au deuxième degré alors que le jury avait prononcé un verdict de culpabilité pour homicide involontaire, lors d'un appel interjeté par l'accusé à l'encontre de cette condamnation?

Le droit

L'appel de l'accusé doit réussir au motif que la Cour d'appel n'avait pas juridiction pour ordonner la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation pour meurtre.

Les dispositions du *Code criminel* qui s'appliquent en l'espèce sont les suivantes:

603. (1) Une personne déclarée coupable par une cour de première instance dans des procédures par acte d'accusation peut interjeter appel, devant la cour d'appel,

a) de sa déclaration de culpabilité,

605. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone,

(2) For the purposes of this section a judgment or verdict of acquittal includes an acquittal in respect of an offence specifically charged where the accused has on the trial thereof been convicted of an included or other offence.

613. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered, or

(b) order a new trial.

(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.

605. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel

a) contre un jugement ou verdict d'acquittal d'une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement,

(2) Aux fins du présent article, un jugement ou un verdict d'acquittal comprend un acquittal à l'égard d'une infraction spécifiquement mentionnée dans l'acte d'accusation lorsque l'accusé a, lors du procès en l'espèce, été déclaré coupable d'une infraction comprise ou d'une autre infraction.

613. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appellant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)(a), elle doit annuler la condamnation et

a) ordonner l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittal, ou

b) ordonner un nouveau procès.

(4) Quand un appel est interjeté d'un acquittal, la cour d'appel peut

a) rejeter l'appel; ou

b) admettre l'appel, écarté le verdict et

(i) ordonner un nouveau procès, ou

(ii) consigner un verdict de culpabilité, sauf un verdict rendu par une cour composée d'un juge et d'un jury, à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit, et prononcer une sentence justifiée en droit.

618. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada within twenty-one days after the judgment appealed from is pronounced or within such extended time as the Supreme Court of Canada or a judge thereof may, for special reasons, allow.

(2) A person

(a) who is acquitted of an indictable offence other than by reason of the special verdict of not guilty on account of insanity and whose acquittal is set aside by the court of appeal,

may appeal to the Supreme Court of Canada on a question of law.

In the case at bar the accused was acquitted of murder and convicted of manslaughter. In the view of the Court of Appeal, the trial judge erred in directing the jury on the possibility of bringing in a verdict of manslaughter. Both the Crown and the accused agree that, in view of the facts in evidence, the judge was not entitled to direct the jury on the possibility of returning a verdict of manslaughter based on the theory of provocation. However, the accused argued that the verdict on the included offence could have been based on other grounds. The Crown, for its part, considered that only two verdicts were legally possible: those of guilty of murder or acquittal. Both parties were concerned about the effect that the trial judge's error might have had on the outcome. The accused argued that, as it could not convict him of murder, the jury would have been prepared to acquit him. The Crown, quite logically, argued the contrary, and said that the jury which could not acquit the accused in light of the evidence, would have had to bring in a verdict of murder. Both parties could have appealed, the Crown by an appeal against the acquittal for murder, the accused by an appeal against the conviction for manslaughter. Only the accused appealed. This is important. The acquittal

618. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada dans un délai de vingt et un jours après qu'a été prononcé le jugement dont il est interjeté appel ou dans tel délai supplémentaire que la Cour suprême du Canada, ou l'un de ses juges, peut accorder pour des raisons spéciales.

(2) Une personne

a) qui est déchargée de l'accusation d'un acte criminel autrement qu'en raison du verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale et dont l'acquittement est annulé par la cour d'appel,

peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada sur une question de droit.

En l'espèce l'accusé a été acquitté de meurtre et déclaré coupable d'homicide involontaire. Le juge du procès a, de l'avis de la Cour d'appel, erré en instruisant le jury sur la possibilité d'enregistrer un verdict d'homicide involontaire coupable. Tant la Couronne que l'accusé sont d'avis que, eu égard aux faits en preuve, il n'était pas loisible au juge d'instruire les jurés sur la possibilité de conclure à un verdict de culpabilité d'homicide involontaire en se fondant sur la théorie de la provocation. L'accusé soutient cependant que le verdict inclus aurait pu reposer sur d'autres motifs. Pour sa part la Couronne est d'avis que seulement deux verdicts étaient légalement possibles: celui de culpabilité pour meurtre ou l'acquittement. Les deux parties se plaignent de l'effet qu'a pu avoir cette erreur du juge du procès sur le résultat. L'accusé soutient que, ne pouvant conclure au meurtre, les jurés auraient été plus enclins à l'acquitter. La Couronne, non sans logique, argue le contraire et davantage, et dit que, eu égard à la preuve, ils ne pouvaient pas acquitter l'accusé et se seraient vus contraints d'enregistrer sa culpabilité pour meurtre. Les deux parties pouvaient se plaindre en appel, la Couronne par un pourvoi à l'encontre de l'acquittement pour meurtre, l'accusé par un pourvoi à l'encontre du verdict de culpabilité pour le crime d'homicide involontaire. Seul l'accusé s'est

for murder was not challenged by the Crown, and obviously not by the accused.

At the appeal from his conviction for manslaughter, the accused could have asked the Court of Appeal to substitute a verdict of acquittal or to order a new trial to be held on the charge of manslaughter (s. 613(2) of the *Criminal Code*).

The Crown, for its part, could have appealed this verdict under s. 605 and asked the Court to order a new trial on the initial charge of second-degree murder (s. 613(4)(b)(i) of the *Code*). As s. 605(2) of the *Code* treats a conviction for an included offence as an acquittal for the offence initially charged, for purposes of determining whether the prosecution has a right of appeal, the right of the prosecution to ask for a new trial relates to the principal charge. It took no such action. Relying on the judgment of this Court in *R. v. Wilmot*, [1941] S.C.R. 53, the Crown argued that Guillemette had not been acquitted of murder. In my opinion, it is sufficient to note that that decision was prior to the addition of the aforementioned s. 605(2) to the *Criminal Code*.

In ordering a new trial on the original charge of second-degree murder, the Court of Appeal in the same breath set aside the acquittal implicitly made by the jury on that charge. Where there has been no appeal by the Crown, to allow this result, which only the Crown was entitled to seek, constitutes an error of law.

The decision of this Court in *Rickard v. The Queen*, [1970] S.C.R. 1022, is an application of this principle. Although that judgment was rendered in connection with a summary conviction, the fundamental principles on which it was based apply equally to indictable offences.

Rickard, who was charged with criminal negligence in the operation of a motor vehicle, was convicted following a trial by a summary convictions court of the lesser and included offence of

pourvu en appel. Ceci est important. L'acquiescement pour meurtre n'a pas été entrepris par la Couronne, et certainement pas par l'accusé.

Lors de l'appel à l'encontre de sa condamnation pour homicide involontaire coupable, il était loisible à l'accusé de demander à la Cour d'appel d'y substituer un verdict d'acquiescement ou encore d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation d'homicide involontaire (par. 613(2) du *Code criminel*).

Quant à la Couronne, elle aurait pu, en vertu de l'art. 605, en appeler de ce verdict et conclure à la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation initiale de meurtre au deuxième degré (sous-al. 613(4)(b)(i) du *Code*). Comme le par. 605(2) du *Code* assimile, pour les fins de déterminer le droit d'appel de la Couronne, la condamnation pour une infraction incluse à un acquiescement pour l'infraction initialement reprochée, c'est relativement à cette accusation principale qu'il était loisible à la Couronne de demander la tenue d'un nouveau procès. Elle n'en a rien fait. La Couronne argue que Guillemette n'a pas été acquitté de meurtre en s'appuyant sur l'arrêt de cette Cour *R. v. Wilmot*, [1941] R.C.S. 53. À mon avis, il suffit de rappeler que cet arrêt est antérieur à l'introduction dans le *Code criminel* du par. 605(2), précité.

En ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation originale de meurtre au deuxième degré, la Cour d'appel annulait donc du même souffle l'acquiescement implicitement prononcé par le jury sur cette accusation. Accorder ces conclusions que seule la Couronne était en droit de rechercher constitue, en l'absence d'appel par cette dernière, une erreur de droit.

La décision rendue par cette Cour dans l'affaire *Rickard c. La Reine*, [1970] R.C.S. 1022, constitue une application de ce principe. Bien que cet arrêt ait été rendu dans le cadre d'une poursuite sommaire, les principes fondamentaux qui le sous-tendent s'appliquent tout autant en matière d'actes criminels.

Rickard, accusé de négligence criminelle dans la mise en service d'un véhicule à moteur fut, à l'issue d'un procès tenu devant la Cour des poursuites sommaires, reconnu coupable de l'infraction moin-

dangerous driving. Following a trial *de novo* held pursuant to s. 720 of the *Code* (now s. 748) at the request of the accused, he was convicted of criminal negligence. Rickard appealed from this conviction on the ground that the judge at the trial *de novo* had jurisdiction limited to hearing the appeal regarding the offence for which the appellant was previously convicted. Speaking for a majority of this Court, Ritchie J. approved the argument at p. 1028:

It has been held more than once in this Court, (*Dennis v. The Queen*, [1958] S.C.R. 473 at 482; *The Queen v. Dennis*, [1960] S.C.R. 286 at 289), that the existence of a valid Notice of Appeal filed and served in accordance with s. 722 is a condition precedent to the exercise of the jurisdiction vested in the Court of Appeal under s. 727(1) and it follows, in my opinion, that a County Court Judge acting under the latter section is only authorized and required "to hear and determine the appeal by holding a trial *de novo*" in respect of the issues raised in a Notice of Appeal which has been so filed and served. In the present case the learned County Court Judge purported to register a conviction against the appellant under s. 221(1) in the absence of any appeal whatever from the Magistrate's finding that the evidence did not prove that offence. I do not find it necessary to decide whether an appeal in fact lies by the informant or the Attorney General from such a finding because I take the view that the controlling factor in this case is that no such appeal was taken.

In my opinion, the only issue which the County Court Judge was authorized and required to hear and determine on the holding of a trial *de novo* in the present case was the issue of the guilt or innocence of the accused on the charge of which he was convicted and from which he had appealed.

(Emphasis added.)

At page 1029, Ritchie J. dismissed as follows the argument made by the Crown that s. 727(1), as it read at the time, required the holding of a new trial on the initial information:

... in my view any construction of s. 727(1) which would result in a retrial of the charge alleged in the original information when that charge has been dismissed by the Magistrate and there is no appeal from his dismissal, would be inconsistent with the appeal provisions of Part XXIV.

dre et incluse de conduite dangereuse. Suite à un procès *de novo* tenu en vertu de l'art. 720 du *Code* (maintenant l'art. 748) à la demande de l'accusé, ce dernier a été déclaré coupable de négligence criminelle. Rickard appela de cette condamnation au motif que le juge du procès *de novo* avait une juridiction limitée à entendre l'appel relativement à l'infraction pour laquelle l'appellant avait été reconnu coupable. Parlant pour la majorité de cette Cour, le juge Ritchie accueillit l'argumentation à la p. 1028:

Cette Cour a décidé plus d'une fois (voir *Dennis c. La Reine*, [1958] R.C.S. 473 à 482; *La Reine c. Dennis*, [1960] R.C.S. 286 à 289) que l'existence d'un avis d'appel valide, signifié et produit en conformité de l'art. 722, est une condition de l'exercice de la compétence que l'art. 727 (par. 1) donne à la cour d'appel. Il s'ensuit, à mon avis, que la compétence et le devoir d'un juge d'une cour de comté agissant en vertu de cet article se limitent à 'entendre et juger l'appel, en tenant un procès *de novo*', sur les questions soulevées dans l'avis d'appel ainsi produit et signifié. Dans la présente affaire le savant Juge de la Cour de comté a prétendu prononcer une déclaration de culpabilité contre l'appellant en vertu du par. (1) de l'art. 221, en l'absence de tout appel quelconque de la conclusion du magistrat à l'effet que la preuve n'établissait pas la culpabilité de cette infraction. Je ne crois pas nécessaire de déterminer si l'auteur de la dénonciation ou le procureur général avaient de fait le droit d'en appeler de cette décision, parce que je suis d'avis que le facteur déterminant dans cette affaire est qu'ils n'ont pas interjeté d'appel.

À mon avis, la seule question que le Juge de la Cour de comté avait la compétence et le devoir d'entendre et de juger en tenant dans la présente affaire le procès *de novo* est celle de la culpabilité ou de la non-culpabilité de l'accusé relativement à l'accusation dont il a été déclaré coupable et dont il a interjeté appel.

(C'est moi qui souligne.)

À la page 1029, le juge Ritchie rejetait ainsi la prétention présentée par la Couronne à l'effet que le par. 727(1) de l'époque exigeait la tenue du nouveau procès sur la dénonciation initiale:

À mon avis, toute interprétation de l'art. 727 (par. 1) qui permet de tenir un nouveau procès sur l'accusation portée dans la dénonciation originale, quand le magistrat a rejeté cette accusation et qu'il n'y a pas eu appel de ce rejet, est incompatible avec les dispositions qui régissent les appels en vertu de la Partie XXIV.

In the case at bar, therefore, as there was no appeal by the Crown, the Court of Appeal of Quebec erred in ordering a new trial on the initial charge of murder.

The Crown challenged the jurisdiction of this Court to hear this appeal. Appellant came to this Court by leave granted pursuant to s. 618(1)(b) of the *Code*, which states that a person whose conviction at first instance is affirmed by the Court of Appeal may apply for leave to appeal to this Court. The Crown argued, correctly in my view, that the accused's conviction for manslaughter was not affirmed by the Court of Appeal, since the latter ordered a new trial.

I am nevertheless of the opinion that the accused did have an appeal as of right to this Court under s. 618(2)(a) of the *Code*, which confers on anyone whose acquittal at first instance has been set aside by the Court of Appeal an automatic right of appeal to the Supreme Court. Accordingly, the setting aside by the Court of Appeal of Guillemette's acquittal on the charge of murder enabled him to appeal to this Court for a restoration of his acquittal for murder and an order that the new trial be held on a charge of manslaughter rather than murder. Under s. 618(2)(a), can appellant also make, in this Court, any other argument made in the Court of Appeal and ask for an acquittal here?

In this regard, appellant alleged that the Court of Appeal should have reversed the decision by the trial judge to admit in evidence the written statement made by the accused, in view of the circumstances in which it was made. The accused maintained that the residual evidence is too weak to support a guilty verdict (s. 613(1)(a)(i) of the *Code*).

The accused cannot challenge the verdict of manslaughter in this Court. The Court of Appeal did not affirm the conviction and, were it not for the error by the Court of Appeal in setting aside his acquittal for murder by ordering a new trial on that charge, the accused would not have been able to appeal to this Court under s. 618. On an appeal

En l'espèce, la Cour d'appel du Québec a donc, en l'absence d'un pourvoi de la Couronne, erré en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation initiale de meurtre.

La Couronne conteste la juridiction de cette Cour d'entendre la présente cause. L'appellant s'est pourvu devant nous suite à une autorisation prévue à l'al. 618(1)b) du *Code*, qui porte que la personne dont la condamnation en première instance est confirmée en Cour d'appel peut solliciter l'autorisation de s'en pourvoir devant nous. La Couronne argue, à bon droit à mon avis, que la condamnation de l'accusé pour homicide involontaire n'a pas été confirmée par la Cour d'appel, puisque celle-ci a ordonné un nouveau procès.

Je suis néanmoins d'avis que l'accusé pouvait se pourvoir devant cette Cour de plein droit en vertu de l'al. 618(2)a) du *Code* qui confère à celui ou celle dont l'acquittal en première instance a été annulé par la Cour d'appel le droit de se pourvoir de plein droit en Cour suprême. L'annulation par la Cour d'appel de l'acquittal de Guillemette de l'infraction de meurtre permet donc à ce dernier d'interjeter appel devant nous pour que soit rétabli son acquittal pour meurtre en ordonnant que le nouveau procès soit tenu sur une accusation d'homicide involontaire, plutôt que de meurtre. En vertu de l'al. 618(2)a) est-il de plus loisible à l'appellant de soulever devant cette Cour tous autres moyens soulevés en Cour d'appel et de rechercher ici un acquittal?

À ce sujet, l'appellant allègue que la Cour d'appel aurait dû renverser la décision du juge du procès d'admettre en preuve la déclaration écrite faite par l'accusé eu égard aux circonstances entourant celle-ci. Le cas échéant, l'accusé prétend que la preuve résiduaire est trop faible pour qu'un verdict de culpabilité puisse y trouver appui (sous-al. 613(1)a)(i) du *Code*).

Il n'est pas loisible à l'accusé devant cette Cour d'entreprendre le verdict de culpabilité d'homicide involontaire. La Cour d'appel n'a pas confirmé le verdict de culpabilité et, n'eût été de l'erreur de la Cour d'appel d'annuler son acquittal pour meurtre en ordonnant la tenue d'un nouveau procès sur cette accusation, l'accusé n'aurait pu en

as of right under s. 618(2)(a) of the *Code*, the accused can only challenge the setting aside of his acquittal for murder and ask that the new trial be held on a charge of manslaughter. This Court therefore cannot rule on the other arguments put forward by the accused in support of an acquittal.

I think it advisable to add a further clarification of the limits imposed on this Court by the nature of the appeal at bar.

Though it made no appeal to the Court of Appeal, the Crown could have appealed in this Court, against the order for a new trial made by the Quebec Court of Appeal. The Crown could then have asked this Court to set aside the order and restore the conviction for manslaughter. However, again it chose not to appeal, this time, before this Court. In addition to the limitations imposed on us by the nature of the accused's appeal, the jurisdiction of this Court is also limited by the Crown's decision not to appeal to the Court of Appeal against the acquittal for murder by the jury, and further by its decision not to appeal against the order for a new trial made by the Court of Appeal.

Section 623(1) of the *Code* provides:

623. (1) The Supreme Court of Canada may, on an appeal under this Part, make any order that the court of appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment.

Where there is no appeal by the Crown asking us to do so, this Court cannot, in place of the Court of Appeal, make the order which we might feel it should have made, assuming that was our conclusion, namely dismissing the appeal and substituting a conviction for manslaughter.

For all these reasons it follows, in my view, that the only question we may consider is whether the new trial ordered by the Court of Appeal should be on a charge of murder or of manslaughter.

vertu de l'art. 618 se pourvoir devant cette Cour. En appel de plein droit en vertu de l'al. 618(2)a) du *Code*, l'accusé ne peut qu'entreprendre l'annulation de son acquittement pour meurtre et demander que le nouveau procès soit tenu sur une accusation d'homicide involontaire. Nous ne pouvons donc nous prononcer sur les autres moyens mis de l'avant par l'accusé au soutien d'un acquittement.

Je crois utile d'apporter une précision additionnelle pour bien faire comprendre les limites imposées à cette Cour par la nature du pourvoi dont nous sommes saisis.

Bien que ne s'étant point pourvue en Cour d'appel, il était quand même loisible à la Couronne de se pourvoir à l'encontre de l'ordonnance d'un nouveau procès prononcée par la Cour d'appel du Québec. La Couronne aurait pu alors nous demander de casser l'ordonnance et de rétablir le verdict de culpabilité pour homicide involontaire. Elle a choisi encore une fois de ne pas se pourvoir en appel, cette fois-ci, devant cette Cour. Outre les limites que nous impose la nature du pourvoi de l'accusé, la juridiction de cette Cour est aussi limitée par la décision de la Couronne de ne pas se pourvoir, en Cour d'appel, contre l'acquiescement pour meurtre prononcé par le jury, et ensuite, davantage, par la décision de la Couronne de ne pas se pourvoir contre l'ordonnance d'un nouveau procès prononcée par la Cour d'appel.

Le paragraphe 623(1) du *Code* porte que:

623. (1) La Cour suprême du Canada peut, sur un appel aux termes de la présente Partie, rendre toute ordonnance que la cour d'appel aurait pu rendre et peut établir tout règlement ou ordonnance nécessaire pour donner effet à son jugement.

En l'absence d'un pourvoi de la Couronne nous le demandant, il ne nous est pas loisible de rendre en place et lieu de la Cour d'appel l'ordonnance que nous serions d'avis qu'elle eût dû rendre, si tant est que cela fût notre conclusion, savoir, rejeter l'appel et laisser en place le verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable.

Pour toutes ces raisons, à mon avis, il en résulte que la seule question dont nous pouvons nous saisir est celle de savoir si le nouveau procès ordonné par la Cour d'appel doit porter sur une accusation de meurtre ou d'homicide involontaire.

For the reasons already given, I consider that the new trial should be on a charge of manslaughter.

I would therefore allow this appeal and order that the new trial be held on the charge of manslaughter.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitors for the appellant: François Fortier and Paul Miquelon, Québec.

Solicitors for the respondent: René de la Sablonnière, Québec; Maurice Gabias, Trois-Rivières.

Pour les raisons déjà énoncées, je suis d'avis que le nouveau procès doit porter sur l'accusation d'homicide involontaire.

J'accueillerais donc ce pourvoi et j'ordonnerais que la tenue du nouveau procès le soit sur l'accusation d'homicide involontaire.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureurs de l'appelant: François Fortier et Paul Miquelon, Québec.

Procureurs de l'intimée: René de la Sablonnière, Québec; Maurice Gabias, Trois-Rivières.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1986 Vol. 1

3^e cahier, 1986 Vol. 1

Cited as [1986] 1 S.C.R. 285-448

Renvoi [1986] 1 R.C.S. 285-448

Published pursuant to the Supreme Court Act by

GUY Y. GOULARD

The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief

ANNE ROLAND, L.L.L.

Editors

ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.

CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Revisor

RICHARD BERBERI

Supervisor, Editorial Services

GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants

MADO MAINVILLE-CÔTÉ

BARBARA LONG

MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1986.

CONTENTS

Clarkson v. The Queen 383

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Right waived by intoxicated person — Accused still drunk when interrogated — Statements made during interrogation highly inculpatory — Whether or not violation of Charter right to counsel — Whether or not evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Derrickson v. Derrickson 285

Constitutional law — Indians and lands reserved for Indians — Provincial legislation dealing with the division of family assets not applicable to Indian reserved lands — Right of ownership or possession of lands on an Indian reserve within federal exclusive jurisdiction — Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 43 to 55 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 18, 20, 24.

Indians — Reserved lands — Division of matrimonial property following divorce — Conflict between federal Indian Act and provincial legislation dealing with the division of family assets — Provincial legislation not applicable to Indian reserved lands — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 43 to 55 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.

Family law — Division of matrimonial property following divorce — Application under provincial legislation for declaration of interest in Indian lands — Provincial legislation not applicable to Indian reserved lands — Compensation in lieu of division of property awarded — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 43 to 55 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 18, 20, 24, 88.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

GUY Y. GOULARD

Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiiste en chef

ANNE ROLAND, L.L.L.

Arrêtiistes

ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.

CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Réviseur

RICHARD BERBERI

Superviseur, Service de l'édition

GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition

MADO MAINVILLE-CÔTÉ

BARBARA LONG

MICHELINE ROCHON

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, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1986.

SOMMAIRE

Clarkson c. La Reine 383

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Renonciation à ce droit par une personne en état d'ébriété — Accusée encore ivre au moment de l'interrogatoire — Déclarations très incriminantes faites pendant l'interrogatoire — Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte? — Y a-t-il lieu d'exclure cette preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b), 24(2).

Derrickson c. Derrickson 285

Droit constitutionnel — Indiens et terres réservées aux Indiens — Législation provinciale concernant le partage des biens familiaux inapplicable aux terres réservées aux Indiens — Compétence fédérale exclusive sur le droit de propriété ou de possession des terres d'une réserve indienne — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 43 à 55 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 18, 20, 24.

Indiens — Terres réservées — Partage des biens matrimoniaux à la suite d'un divorce — Conflit entre la loi fédérale sur les Indiens et la législation provinciale portant sur le partage des biens familiaux — Législation provinciale inapplicable aux terres réservées aux Indiens — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 43 à 55 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88.

Droit de la famille — Partage des biens matrimoniaux à la suite d'un divorce — Demande en vertu de la législation provinciale en vue d'obtenir un jugement déclaratoire relatif aux

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Dubois v. The Queen 366

Criminal law — Preliminary inquiry — Procedure — Preliminary hearing judge concluding that evidence not establishing identity of accused beyond reasonable doubt — Order endorsed “dismissed” — Whether *certiorari* available to quash preliminary inquiry decision — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 475.

Prerogative writs — *Certiorari* — Preliminary inquiry — Preliminary hearing judge concluding that evidence not establishing identity of accused beyond reasonable doubt — Order endorsed “dismissed” — Whether *certiorari* available to effect review of preliminary inquiry decision.

Fleming (Gombosh Estate) v. The Queen 415

Narcotics — Narcotic Control Act — Restoration procedure — Seizure of monies allegedly connected to narcotics offence — Restoration proceedings not concluded before applicant's death — Whether or not monies should be restored to innocent personal representative — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10.

Gendron v. Baie-James (Municipalité de) 401

Labour law — Extent of Labour Court's power of remedy — Complaint by employee against his association for failing its duty of representation in filing his grievance to arbitration — Court's order referring to arbitration employee's claim already arbitrated — Remedy not authorized by s. 47.5 of Labour Code — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 47.5.

Administrative law — Labour Court — Jurisdiction — Complaint by employee against his association for failing its duty of representation in filing his grievance to arbitration — Court's order referring to arbitration employee's claim already arbitrated — Remedy not authorized by s. 47.5 of Labour Code — Excess of jurisdiction — Writ of evocation — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 47.5.

Guillemette v. The Queen 356

Criminal law — Power of a court of appeal — Appeal by accused from conviction for manslaughter — Court of Appeal ordered new trial on original charge of second-degree murder — Excess of jurisdiction — New trial ordered by Supreme Court on charge of manslaughter — Supreme Court jurisdiction limited by nature of appeal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 603(1), 605(1)(a), (2), 613(1)(a), (2), (4), 618(2)(a), 623(1).

Paul v. Paul 306

Indians — Reserved lands — Matrimonial home — Conflict between federal Indian Act and provincial legislation dealing with occupancy of family residence — Provincial legislation not applicable to a matrimonial home located on an Indian reserve — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 77 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 20, 88.

Family law — Matrimonial home — Indian reserve — Application under provincial legislation for interim occupancy of the family residence located on Indian reserve — Provincial

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

droits sur des terres indiennes — Législation provinciale inapplicable aux terres réservées aux Indiens — Indemnisation en lieu et place du partage des biens — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 43 à 55 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 18, 20, 24, 88.

Dubois c. La Reine 366

Droit criminel — Enquête préliminaire — Procédure — Conclusion du juge à l'enquête préliminaire que la preuve n'établit pas l'identité de l'accusé hors de tout doute raisonnable — Ordonnance endossée du mot «rejeté» — Le *certiorari* peut-il être utilisé pour annuler une décision rendue à l'enquête préliminaire? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 475.

Brefs de prérogative — *Certiorari* — Enquête préliminaire — Conclusion du juge à l'enquête préliminaire que la preuve n'établit pas l'identité de l'accusé hors de tout doute raisonnable — Ordonnance endossée du mot «rejeté» — Le *certiorari* peut-il être utilisé pour réviser une décision rendue à l'enquête préliminaire?

Fleming (succession Gombosh) c. La Reine 415

Stupéfiants — Loi sur les stupéfiants — Procédure de restitution — Saisie de sommes d'argent qui seraient liées à des infractions relatives à des stupéfiants — Procédure de demande de restitution en cours au moment du décès du requérant — Faut-il restituer l'argent au représentant personnel innocent du défunt? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10.

Gendron c. Baie-James (Municipalité de) 401

Droit du travail — Étendue du pouvoir de redressement du Tribunal du travail — Plainte d'un salarié contre son association pour manquement à son devoir de représentation dans la présentation de son grief à l'arbitrage — Ordonnance du Tribunal déferant à l'arbitrage la réclamation du salarié déjà arbitrée — Redressement non autorisé par l'art. 47.5 du Code du travail — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 47.5.

Droit administratif — Tribunal du travail — Compétence — Plainte d'un salarié contre son association pour manquement à son devoir de représentation dans la présentation de son grief à l'arbitrage — Ordonnance du Tribunal déferant à l'arbitrage la réclamation du salarié déjà arbitrée — Redressement non autorisé par l'art. 47.5 du Code du travail — Excès de compétence — Bref d'évocation — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 47.5.

Guillemette c. La Reine 356

Droit criminel — Pouvoir d'une cour d'appel — Appel de l'accusé d'un verdict de culpabilité pour homicide involontaire — Cour d'appel ordonnant un nouveau procès sur l'accusation originale de meurtre au deuxième degré — Excès de compétence — Nouveau procès ordonné par la Cour suprême sur l'accusation d'homicide involontaire — Compétence de la Cour suprême limitée par la nature du pourvoi — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 603(1), 605(1)(a), (2), 613(1)(a), (2), (4), 618(2)(a), 623(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

legislation not applicable to Indian reserved lands — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 77 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 20, 88.

Constitutional law — Indians and lands reserved for Indians — Matrimonial home — Provincial legislation dealing with occupancy of family residence not applicable to a matrimonial home located on an Indian reserve — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 77 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 20, 88.

R. v. Hill 313

Criminal law — Provocation — “Ordinary person” standard — Whether or not “ordinary person” means ordinary person of same age and sex as accused — Whether standard correctly and clearly explained in charge to jury — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 215(1), (2).

SOMMAIRE (Fin)

Paul c. Paul 306

Indiens — Terres réservées — Résidence familiale — Conflit entre la loi fédérale sur les Indiens et la législation provinciale portant sur l'occupation de la résidence familiale — Législation provinciale inapplicable à une résidence familiale située sur une réserve indienne — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 77 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 20, 88.

Droit de la famille — Résidence familiale — Réserve indienne — Demande en vertu d'une législation provinciale pour l'occupation à titre provisoire de la résidence familiale située sur une réserve indienne — Législation provinciale inapplicable aux terres réservées aux Indiens — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 77 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 20, 88.

Droit constitutionnel — Indiens et terres réservées aux Indiens — Résidence familiale — Législation provinciale portant sur l'occupation de la résidence familiale inapplicable quand cette résidence est située sur une réserve indienne — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 77 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 20, 88.

R. c. Hill 313

Droit criminel — Provocation — Norme de la «personne ordinaire» — Une «personne ordinaire» désigne-t-elle une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l'accusé? — La norme a-t-elle été correctement et clairement expliquée dans l'exposé au jury? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 215(1), (2).

George Joseph Dubois *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17513.

1985: March 14; 1986: April 24.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Preliminary inquiry — Procedure — Preliminary hearing judge concluding that evidence not establishing identity of accused beyond reasonable doubt — Order endorsed “dismissed” — Whether certiorari available to quash preliminary inquiry decision — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 475.

Prerogative writs — Certiorari — Preliminary inquiry — Preliminary hearing judge concluding that evidence not establishing identity of accused beyond reasonable doubt — Order endorsed “dismissed” — Whether certiorari available to effect review of preliminary inquiry decision.

Appellant faced a charge of robbery and of unlawful use of a firearm while committing an indictable offence. The preliminary hearing judge ruled that he had to be satisfied beyond a reasonable doubt that there was some positive identification and found that the accused was not positively identified as the person who committed the crime. There was no indication that the preliminary inquiry judge addressed his mind to whether the evidence adduced at the preliminary hearing could convince a reasonable jury of guilt. The respondent Crown applied to the Court of Queen's Bench of Manitoba by way of originating notice of motion for an order of *certiorari* to quash the decision of the preliminary hearing judge and to return the matter to the Provincial Court for processing under s. 475 of the *Code*. The application was dismissed but the Court of Appeal overturned that decision on appeal. The main points in issue were: (1) whether on the Crown's application *certiorari* was available to correct errors on the face of the record or whether it was only available to correct errors of jurisdiction; (2) if *certiorari* only applied to errors of jurisdiction, was it a jurisdictional error to apply the wrong standard of proof in determining whether there was “sufficient evidence” of guilt to commit an accused person for trial; (3) if *certiorari* lay

George Joseph Dubois *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 17513.

1985: 14 mars; 1986: 24 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Enquête préliminaire — Procédure — Conclusion du juge à l'enquête préliminaire que la preuve n'établit pas l'identité de l'accusé hors de tout doute raisonnable — Ordonnance endossée du mot «rejeté» — Le certiorari peut-il être utilisé pour annuler une décision rendue à l'enquête préliminaire? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 475.

Brefs de prérogative — Certiorari — Enquête préliminaire — Conclusion du juge à l'enquête préliminaire que la preuve n'établit pas l'identité de l'accusé hors de tout doute raisonnable — Ordonnance endossée du mot «rejeté» — Le certiorari peut-il être utilisé pour réviser une décision rendue à l'enquête préliminaire?

L'appelant a été accusé de vol qualifié et d'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel. Le juge à l'enquête préliminaire a décidé qu'il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable qu'il y avait eu une identification positive et a conclu que l'accusé n'avait pas été identifié de manière positive comme étant la personne qui avait commis le crime. Rien n'indique que le juge à l'enquête préliminaire s'est posé la question de savoir si les éléments de preuve présentés à l'enquête préliminaire auraient pu convaincre un jury raisonnable qu'il y avait culpabilité. Le ministère public intimé a demandé à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba par avis introductif de requête une ordonnance de *certiorari* en vue d'annuler la décision du juge à l'enquête préliminaire et de renvoyer l'affaire devant la Cour provinciale pour qu'elle soit traitée en vertu de l'art. 475 du *Code*. La demande a été rejetée mais la Cour d'appel a infirmé cette décision. Les principaux points en litige sont les suivants: (1) Le *certiorari* peut-il être utilisé en l'espèce à la demande de la poursuite pour corriger des erreurs manifestes à la lecture du dossier ou peut-on l'utiliser seulement pour corriger des erreurs de compétence? (2) Si le *certiorari* s'applique seulement aux erreurs de compétence, est-ce une erreur de compétence d'appliquer une mauvaise

to correct the error here, should the remedy be withheld because the Crown had other remedies available which had not been exhausted.

Held: The appeal should be dismissed.

It is settled that in a review of a committal for trial the only ground for action by the reviewing court is lack of jurisdiction. The same principle applies where *certiorari* is sought to review a discharge. A preliminary hearing is not intended to determine innocence or guilt but only whether the evidence is sufficient to warrant the accused's standing trial. It is therefore inappropriate to allow supervisory remedies exercised in proceedings to quash a committal to be expanded to correct errors of law relating to matters such as admissibility and production. Errors going to the jurisdiction of the preliminary hearing judge, however, are different. Superior courts have always exercised their inherent authority to ensure that the lower courts fully exercise their powers without exceeding their jurisdiction. Both parties to the preliminary hearing are subject to the same obligations and enjoy the same rights under the jurisdictional test.

Jurisdictional error is committed where "mandatory provisions" of the *Criminal Code* are not followed, and in the context of s. 475, there must be at least some basis in the evidence proffered for the justice's decision to commit. Where there is some evidence, it is clearly within the justice's jurisdiction to come to a decision as to whether the evidence is of sufficient weight to commit. Jurisdictional error is not committed by an incorrect ruling on admissibility at the preliminary hearing unless it should affect the right to cross-examine or to call witnesses to the extent that natural justice is violated.

Jurisdictional error was present here. The preliminary inquiry judge's decision to not commit appellant to trial, because the evidence did not identify him beyond a reasonable doubt, was acting in excess of his jurisdiction under the mandate issued by Parliament in s. 475. The reviewable error did not lie in the adoption of a mistated test, but in the exercise of a function reserved by Parliament to another forum.

norme de preuve pour déterminer s'il y a une «preuve suffisante» de culpabilité pour renvoyer un accusé à son procès? (3) Si le *certiorari* s'applique pour corriger l'erreur en l'espèce, ce redressement devrait-il être retenu parce que le ministère public dispose d'autres recours qui n'ont pas été utilisés?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Il est établi que le seul motif qui permette la révision d'un renvoi à procès par le tribunal qui l'examine, c'est le défaut de compétence. Le même principe s'applique lorsqu'on demande un *certiorari* pour réviser une libération. Une enquête préliminaire n'est pas destinée à déterminer si l'accusé est coupable ou innocent mais seulement s'il y a suffisamment de preuves contre lui pour justifier son renvoi à procès. Par conséquent, il n'est pas approprié de permettre que des moyens de contrôle exercés dans des procédures visant à annuler un renvoi à procès soient étendus de manière à corriger des erreurs de droit qui ont trait à des questions comme l'admission de preuve et la production de documents. Toutefois, les erreurs qui portent atteinte à la compétence du juge à l'enquête préliminaire sont différentes. Les cours supérieures ont toujours exercé leur compétence inhérente pour faire en sorte que les juridictions inférieures s'acquittent de leurs tâches d'une manière complète sans excéder leur compétence. Les deux parties à l'enquête préliminaire sont assujetties aux mêmes obligations et jouissent des mêmes droits visés par le critère de la compétence.

Il y a erreur de compétence lorsque des «dispositions impératives» du *Code criminel* ne sont pas suivies et, dans le contexte de l'art. 475, la décision du juge de renvoyer à procès doit au moins trouver un certain fondement dans la preuve présentée. Lorsqu'il y a certains éléments de preuve, le juge a nettement compétence pour décider si ces éléments de preuve sont suffisants pour renvoyer à procès. Aucune erreur de compétence n'est commise lorsque le juge à l'enquête préliminaire décide à tort de l'admissibilité d'un élément de preuve à moins que sa décision n'ait un effet sur le droit de contre-interroger ou de citer des témoins dans la mesure où elle entraîne une violation de la justice naturelle.

Il y a erreur de compétence en l'espèce. Le juge à l'enquête préliminaire par sa décision de ne pas renvoyer l'appelant à son procès, parce que la preuve ne l'a pas identifié hors de tout doute raisonnable, outrepassait sa compétence en vertu du mandat que lui a conféré le législateur par l'art. 475. L'erreur donnant lieu à révision ne découlait pas de l'adoption d'un mauvais critère mais de l'exercice d'une fonction que le législateur a réservé à une autre juridiction.

Cases Cited

United States of America v. Shephard, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, considered; *R. v. Hubbard*, [1976] 3 W.W.R. 152; *Re Mitchell and Maynes and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 344; *R. (Hanna) v. Ministry of Health and Local Government*, [1966] N.I. 52, distinguished; *Attorney General (Que.) v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. Nat Bell Liquors, Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal. Ex parte Shaw*, [1952] 1 K.B. 338; *Alberta Board of Industrial Relations v. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, [1969] S.C.R. 137; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488; *Re Nicols and The Queen*, reported with *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 20 O.R. (2d) 455; *Re Poirier and The Queen* (1981), 62 C.C.C. (2d) 452; *Re Robar and The Queen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 133; *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493; *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 475(1).

Authors Cited

Reid, Robert F. and Hillel David. *Administrative Law and Practice*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1978.
De Smith, S.A. *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., by J. M. Evans, London, Stevens & Sons, 1980.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1982), 2 C.C.C. (3d) 77, 31 C.R. (3d) 117, 18 Man.R. (2d) 90, [1983] 1 W.W.R. 97, allowing an appeal from the decision of Wright J. refusing an order on *certiorari* to quash a discharge ordered at a preliminary inquiry conducted by Nolan Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Michael T. Tracey and M. B. Nepon, for the appellant.

J. G. B. Dangerfield, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This appeal brings before this Court once again the difficult and long-discussed question as to when *certiorari* is available to quash the

Jurisprudence

Arrêts examinés: *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; distinction faite d'avec les arrêts: *R. v. Hubbard*, [1976] 3 W.W.R. 152; *Re Mitchell and Maynes and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 344; *R. (Hanna) v. Ministry of Health and Local Government*, [1966] N.I. 52; arrêts mentionnés: *Procureur général (Qué.) c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. v. Nat Bell Liquors, Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal. Ex parte Shaw*, [1952] 1 K.B. 338; *Alberta Board of Industrial Relations v. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, [1969] R.C.S. 137; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488; *Re Nicols and The Queen*, publié avec *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 20 O.R. (2d) 455; *Re Poirier and The Queen* (1981), 62 C.C.C. (2d) 452; *Re Robar and The Queen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 133; *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493; *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 475(1).

Doctrines citées

Reid, Robert F. and Hillel David. *Administrative Law and Practice*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1978.
De Smith, S.A. *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., by J. M. Evans, London, Stevens & Sons, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1982), 2 C.C.C. (3d) 77, 31 C.R. (3d) 117, 18 Man.R. (2d) 90, [1983] 1 W.W.R. 97, qui a accueilli l'appel de la décision du juge Wright qui avait refusé une ordonnance de *certiorari* en vue d'annuler la libération prononcée à une enquête préliminaire présidée par le juge Nolan de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Michael T. Tracey et M. B. Nepon, pour l'appellant.

J. G. B. Dangerfield, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Le présent pourvoi soulève encore une fois devant cette Cour la question difficile et longtemps débattue de savoir quand un

decision of a Provincial Court Judge sitting in preliminary hearing under s. 475 of the *Criminal Code*. The appellant faced a charge of robbery and of unlawful use of a firearm while committing an indictable offence. In disposing of the matter, the learned preliminary hearing judge said:

... I have to be satisfied, beyond a reasonable doubt, that there has been some positive identification There is a reasonable doubt in my mind as to identification and I am not at liberty to infer from the surrounding circumstances that he was the person there, so on the question of identification I must hold that the accused was not positively identified as being the person who committed the offence

This was clearly an error of law. Whether it goes beyond that to constitute a jurisdictional error is the crux of this appeal. Section 475(1) of the *Criminal Code* states:

475. (1) When all the evidence has been taken by the justice he shall,

(a) if in his opinion the evidence is sufficient to put the accused on trial,

(i) commit the accused for trial, or

(ii) order the accused, where it is a corporation, to stand trial in the court having criminal jurisdiction; or

(b) discharge the accused, if in his opinion upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial.

The test to be employed under this section is to be found in the judgment of this Court in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, per Ritchie J. at p. 1080:

I agree that the duty imposed upon a "justice" under s. 475(1) is the same as that which governs a trial judge sitting with a jury in deciding whether the evidence is "sufficient" to justify him in withdrawing the case from the jury and this is to be determined according to whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The "justice" . . . is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction.

certiorari peut être utilisé pour annuler la décision qu'un juge d'une cour provinciale présidant une enquête préliminaire a rendue en vertu de l'art. 475 du *Code criminel*. L'appelant a été accusé de vol qualifié et d'usage illégal d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel. En se prononçant, le juge à l'enquête préliminaire a dit:

[TRADUCTION] . . . je dois être convaincu, hors de tout doute raisonnable, qu'il y a eu une certaine identification positive . . . J'ai un doute raisonnable quant à l'identification et je ne suis pas libre de déduire des circonstances de l'affaire qu'il est la personne dont il s'agissait; alors, sur la question de l'identification je dois conclure que l'accusé n'a pas été identifié de manière positive comme l'auteur de l'infraction . . .

Il s'agit clairement d'une erreur de droit. Le présent pourvoi porte principalement sur la question de savoir s'il en faut davantage pour constituer une erreur de compétence. Voici le texte du par. 475(1) du *Code criminel*:

475. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit,

(a) si, à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement,

(i) renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès, ou

(ii) si la personne inculpée est une corporation, ordonner qu'elle subisse son procès devant la cour ayant juridiction criminelle; ou

(b) libérer la personne inculpée, s'il estime, d'après toute la preuve, qu'on n'a établi aucun motif suffisant pour la faire passer en jugement.

Le critère qui doit être employé en vertu de cet article se trouve dans l'arrêt de cette Cour *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, où le juge Ritchie dit à la p. 1080:

Je conviens que le devoir imposé à un «juge de paix» aux termes du par. (1) de l'art. 475 est le même que celui du juge du procès siégeant avec un jury lorsqu'il doit décider si la preuve est «suffisante» pour dessaisir le jury selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité . . . j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité.

In this case, there is no indication that Norton Prov. Ct. J. addressed his mind, as he was required to do, to the question whether the evidence adduced at the preliminary hearing could convince a reasonable jury of guilt.

The respondent Crown applied to the Court of Queen's Bench of Manitoba by way of originating notice of motion for an order of *certiorari* to quash the decision of the preliminary hearing judge and to return the matter to the Provincial Court for processing under s. 475 of the *Code*. Wright J., sitting in Chambers, dismissed the application. His decision was overturned on appeal to the Manitoba Court of Appeal (O'Sullivan J.A. dissenting).

The principal decisions of this Court on the application of judicial review to proceedings held under s. 475 have been directed to proceedings wherein the accused has been committed and the committal has been brought under challenge in judicial review. In those circumstances, *certiorari* lies only where the error goes to jurisdiction, and not in respect of a non-jurisdictional error of law, even where the error appears on the face of the record: *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, *Attorney General (Que.) v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305, *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268, *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93. The issue raised in this appeal is whether the same or some other limitation applies to the review of a discharge in contrast to a committal of an accused at preliminary hearing. Depending upon the answer to that question, there may arise the narrower question as to whether the reasonable doubt test applied by the learned magistrate here instead of the *Shephard* test, *supra*, deprived the Provincial Court Judge of jurisdiction or was merely an error of law committed within his jurisdiction, and hence not within the reach of judicial review. We are here concerned, of course, not with a proceeding which commenced without jurisdiction but rather with one in which there is an allegation that in the course of performing its statutory role, the tribunal acted in violation of its jurisdiction, either by exceeding or by declining to

En l'espèce, rien n'indique que le juge Norton de la Cour provinciale s'est posé la question, comme il devait le faire, de savoir si les éléments de preuve présentés à l'enquête préliminaire pourraient convaincre un jury équitable qu'il y a culpabilité.

Le ministère public intimé a demandé à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba par voie d'avis introductif de requête une ordonnance de *certiorari* en vue d'annuler la décision du juge à l'enquête préliminaire et de renvoyer l'affaire devant la Cour provinciale pour qu'elle soit traitée selon l'art. 475 du *Code*. Le juge Wright, siégeant en chambre, a rejeté la demande. Sa décision a été infirmée par la Cour d'appel du Manitoba (le juge O'Sullivan étant dissident).

Les principaux arrêts de cette Cour sur la demande d'examen judiciaire à l'égard d'instances tenues en vertu de l'art. 475 ont porté sur des procédures dans lesquelles l'accusé avait été renvoyé à son procès et où ce renvoi avait été contesté au moyen de l'examen judiciaire. Dans ces circonstances, le *certiorari* ne s'applique que lorsqu'il s'agit d'une erreur qui touche à la compétence, et non d'une erreur de droit qui n'y touche pas, même lorsque l'erreur est manifeste à la lecture du dossier: *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, *Procureur général (Qué.) c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305, *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268, *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93. La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la ou les mêmes restrictions s'appliquent à la révision d'une libération par opposition au renvoi à procès d'un accusé à l'enquête préliminaire. Selon la réponse à cette question, une question plus précise peut se poser, celle de savoir si le critère du doute raisonnable appliqué par le juge en l'espèce au lieu du critère de l'arrêt *Shephard*, précité, a privé le juge de la Cour provinciale de sa compétence ou est simplement une erreur de droit commise dans le cadre de sa compétence qui ne donne donc pas ouverture à l'examen judiciaire. Évidemment, nous sommes saisis en l'espèce, non pas d'une affaire qui a commencé sans compétence mais plutôt d'une affaire à l'égard de laquelle on allègue que, dans l'exécution du rôle que lui confère la loi, le tribunal a agi en violation de sa compétence, soit en l'excédant soit en refusant de

exercise it: see *Forsythe, supra, per* Laskin C.J. at pp. 271-72.

At trial, Wright J. held that the error was jurisdictional, because “excess or absence of jurisdiction occurs if a wrong standard of proof is applied that has the effect of causing the judge to go further than the law permits, or to fail to go as far as the law permits”. However, he denied *certiorari* because in his view, the applicant Crown had other remedies, such as the right to “start over again with a new charge, or to indict directly”.

In the Manitoba Court of Appeal, Monnin J.A. (as he then was) held that *certiorari* lay despite the fact that the error in this case was merely an error of law not going to jurisdiction. Matas J.A. concluded that the availability of *certiorari* to quash the committal or discharge of an accused at a preliminary inquiry is limited to cases involving jurisdictional errors. In any case, he agreed with Wright J. and held that the error in this case was jurisdictional:

The presiding judge at a preliminary hearing is circumscribed by law in how he approaches his task of determining the sufficiency of evidence. The *Sheppard [sic]* test governs the exercise of his discretion. The test . . . gives substance to the bare admonition in s. 475 of the *Code* requiring the judge to form an opinion on whether the evidence is sufficient; the test must form the substratum of the judge’s opinion. If a judge applies the *Sheppard [sic]* test, he acts within his jurisdiction. The decision, right or wrong, will stand. A jurisdictional error will arise only if he makes an error in reliance on a test which is fundamentally wrong. (See *Reid and David, Administrative Law and Practice*, 2 ed., at pp. 206-207, where it is said that with respect to civil proceedings, jurisdictional error exists when a tribunal disregards the basic principles on which its enabling legislation is based.)

O’Sullivan J.A. dissented. In his opinion, *certiorari* was only available in cases of jurisdictional error, and the error in this case was not of that

l’exercer: voir l’arrêt *Forsythe*, précité, le juge en chef Laskin aux pp. 271 et 272.

Au procès, le juge Wright a conclu qu’il s’agissait d’une erreur de compétence, parce que [TRANSDUCTION] «il y a excès ou absence de compétence quand l’application d’une mauvaise norme de preuve a comme conséquence que le juge va plus loin que le lui permet la loi, ou ne va pas aussi loin que la loi le lui permet». Toutefois, il a refusé d’accorder le *certiorari* parce que, à son avis, d’autres recours s’offraient au ministère public demandeur, comme le droit de [TRADUCTION] «recommencer en présentant une nouvelle accusation ou de le mettre en accusation directement».

En Cour d’appel du Manitoba, le juge Monnin (maintenant juge en chef) a conclu qu’il y avait lieu à *certiorari* même si en l’espèce il s’agissait simplement d’une erreur de droit qui ne portait pas atteinte à la compétence. Le juge Matas a conclu que la possibilité d’utiliser le *certiorari* pour annuler le renvoi au procès ou la libération d’un accusé à l’enquête préliminaire est limitée aux affaires qui comportent des erreurs de compétence. De toute façon, il a souscrit à l’opinion du juge Wright et a conclu qu’il s’agissait en l’espèce d’une erreur de compétence:

[TRANSDUCTION] La loi délimite pour le juge qui préside une enquête préliminaire la manière dont il doit aborder sa tâche de déterminer s’il y a suffisamment d’éléments de preuve. Le critère de l’arrêt *Sheppard* régit l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Le critère . . . appuie le simple avertissement contenu à l’art. 475 du *Code* exigeant que le juge se forme une opinion sur la question de savoir s’il y a suffisamment d’éléments de preuve; le critère doit former le fond de l’opinion du juge. Si un juge applique le critère de l’arrêt *Sheppard*, il agit dans le cadre de sa compétence. La décision, juste ou erronée, sera valable. Il n’y aura erreur de compétence que s’il commet une erreur en se fondant sur un critère qui est fondamentalement erroné. (Voir *Reid and David, Administrative Law and Practice*, 2nd ed., aux pp. 206 et 207, où l’on dit qu’en ce qui a trait aux procédures civiles, il y a erreur de compétence lorsqu’un tribunal ne tient pas compte des principes fondamentaux sur lesquels sa loi habilitante est basée.)

Le juge O’Sullivan était dissident. À son avis, il y a lieu à *certiorari* seulement dans les cas d’erreur de compétence et l’erreur en l’espèce n’est pas de

sort. Rather, the misdirection as to the burden of proof was an error "made in the course of the exercise of a judicial jurisdiction bestowed on him as a court by Parliament . . . He erred in directing himself as to what was a 'sufficient case' but his error does not mean he failed to comply with the provision of the statute . . . He did not ask the wrong question but answered the right question wrongly."

The points in issue framed by the appellant number six; however, they clearly resolve themselves into three. These are:

1. Is *certiorari* available in these circumstances to correct errors of law on the face of the record, or is it only available to correct errors of jurisdiction?
2. If the latter, is it a jurisdictional error to apply the wrong standard of proof in determining whether there is "sufficient evidence" of guilt to commit an accused person for trial?
3. If *certiorari* lies to correct the error in this case, should the remedy be withheld because the Crown has other remedies available which have not been exhausted?

The starting point in the analysis of the position of the preliminary hearing judge is found in the judgment of Judson J. in *Patterson v. The Queen*, *supra*, where he wrote at p. 411:

I intend to confine these reasons within the very narrow issues raised by the case and to repeat what has been emphasized so often that if it is sought to review a committal for trial, there is only one ground for action by the reviewing Court and that is lack of jurisdiction.

This was a *certiorari* proceeding in which it was asserted that the committing judge, by declining to order the production of a statement given by a Crown witness to the police, had thereby committed an error of law reviewable by *certiorari*. Although Spence J. dissented, he agreed that *certiorari* would not lie to correct errors "made by a magistrate in the performance of his duties" (p. 419). Judson J.'s statement of the law has been specifically confirmed in three subsequent deci-

ce genre. En fait, la directive erronée en ce qui a trait au fardeau de la preuve était une erreur [TRADUCTION] «commise dans l'exercice d'une compétence judiciaire qui lui a été attribuée à titre de tribunal par le législateur . . . Il a commis une erreur en s'interrogeant sur ce qui constituait une «preuve suffisante», mais son erreur ne signifie pas qu'il a omis de se conformer à la disposition de la loi . . . Il n'a pas posé la mauvaise question mais a répondu de façon erronée à la bonne question».

Il y a six points en litige soulevés par l'appelant, toutefois on peut clairement les rassembler en trois. Les voici:

1. Peut-on utiliser le *certiorari* dans ces circonstances pour corriger des erreurs de droit manifestes à la lecture du dossier, ou peut-on l'utiliser seulement pour corriger des erreurs de compétence?
2. Si l'on applique cette dernière solution, est-ce une erreur de compétence d'appliquer une mauvaise norme de preuve pour déterminer s'il y a une «preuve suffisante» de culpabilité pour renvoyer un accusé à son procès?
3. Si le *certiorari* s'applique pour corriger l'erreur en l'espèce, cette réparation devrait-elle être refusée parce que le ministère public dispose d'autres recours qui n'ont pas été utilisés?

Le point de départ de l'analyse de la position du juge à l'enquête préliminaire se trouve dans l'arrêt *Patterson c. La Reine*, précité, où le juge Judson dit à la p. 411:

J'ai l'intention de limiter les présents motifs aux seuls points précis que soulève cette affaire, et de répéter ce sur quoi on a si souvent insisté, savoir qu'il n'y a qu'un seul motif qui permette la révision d'un renvoi à procès, c'est le défaut de compétence.

Il s'agissait d'une procédure par voie de *certiorari* dans laquelle on avait allégué que le juge qui renvoyait à procès, en refusant d'ordonner la production d'une déclaration donnée à la police par un témoin à charge, avait ainsi commis une erreur de droit qui donnait lieu à révision par *certiorari*. Bien qu'il ait été dissident, le juge Spence a convenu qu'il n'y avait pas lieu à *certiorari* s'il s'agissait de corriger des erreurs «du magistrat dans l'exercice de ses fonctions» (p. 419). L'énoncé du

sions of this Court (*Cohen, Forsythe and Skogman, supra*) and must be taken as settled.

However, this case is in fact the converse of those four. Here, *certiorari* is sought not by the accused to challenge a committal, but by the Crown. Monnin J.A. (alone of the three judges in the Court of Appeal) did not believe that, in the absence of a "very clear and definite pronouncement from the Supreme Court", *Patterson* and the cases following it should be taken to have excluded all recourse to *certiorari* for error of law on the face of the record in the decision of a justice acting under s. 475, when review for error of law is in other contexts clearly available: *R. v. Nat Bell Liquors, Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128 (P.C.), *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal. Ex parte Shaw*, [1952] 1 K.B. 338 (C.A.), *Alberta Board of Industrial Relations v. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, [1969] S.C.R. 137). Those cases were, of course, all directed to a process in a tribunal other than a preliminary hearing operating under s. 475 of the *Code*. The preliminary hearing under review here is entirely statutory and, so far as this appeal is concerned, is completely prescribed in s. 475.

It may be said that there is a *rationale* in law for drawing a distinction between judicial review of committals and judicial review of discharges after a preliminary hearing. A primary emphasis in the cases involving error of law in the committal of an accused has been on avoiding delay of the trial, which it might be within the power of an accused to bring about through applications for judicial review for errors of law. The same consequence does not follow where the Crown seeks an order quashing the discharge of the accused.

However, the reason underlying the court's restriction of supervisory remedies is equally valid in both cases. It has been said numerous times that the objective of holding a preliminary inquiry is

juge Judson sur le droit a été précisément confirmé dans trois arrêts subséquents de cette Cour (*Cohen, Forsythe et Skogman, précités*) et doit être considéré comme bien établi.

^a Toutefois, la présente affaire est en fait à l'inverse de ces quatre affaires. En l'espèce, ce n'est pas l'accusé qui cherche à obtenir un *certiorari* pour contester le renvoi à procès, mais c'est la poursuite. Le juge Monnin (le seul des trois juges de la Cour d'appel) n'était pas d'avis que, en l'absence d'une [TRADUCTION] «décision très claire et précise de la Cour suprême», l'arrêt *Patterson* et les arrêts suivants devraient être interprétés de manière à exclure tous les recours au *certiorari* pour une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier dans la décision d'un juge agissant en vertu de l'art. 475, lorsqu'on peut clairement, dans d'autres contextes, recourir à la révision pour erreur de droit (*R. v. Nat Bell Liquors, Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128 (P.C.), *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal. Ex parte Shaw*, [1952] 1 K.B. 338 (C.A.), *Alberta Board of Industrial Relations v. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, [1969] R.C.S. 137). Évidemment ces affaires portaient toutes sur une procédure devant un tribunal autre qu'une enquête préliminaire régie par l'art. 475 du *Code*. L'enquête préliminaire examinée en l'espèce relève entièrement de la loi et, pour ce qui est du présent pourvoi, est complètement régie par l'art. 475.

^g On pourrait dire qu'il existe un motif juridique qui permet d'établir une distinction entre l'examen judiciaire des renvois à procès et l'examen judiciaire des libérations après une enquête préliminaire. Dans les affaires portant sur une erreur de droit dans le renvoi d'un accusé à son procès, l'accent est principalement mis sur le besoin d'éviter qu'on retarde le procès, ce qu'un accusé a le pouvoir de faire en présentant des demandes d'examen judiciaire pour erreurs de droit. Les conséquences sont différentes lorsque la poursuite cherche à obtenir une ordonnance afin d'annuler la libération de l'accusé.

Toutefois, le motif qui sous-tend la restriction que la Cour a imposée aux moyens de contrôle est également valide dans les deux cas. On a dit de nombreuses reprises que le but d'une enquête préli-

merely to determine whether there is enough evidence against the accused to justify ordering him to stand trial. It is not intended to determine, finally or otherwise, the accused's guilt or innocence. Therefore, it is inappropriate to allow the expansion of supervisory remedies designed to correct errors of law made in the course of preliminary inquiries which relate, for example, to the admission of evidence, the questioning of witnesses, or the production of documents. A preliminary hearing "is not a trial and should not be allowed to become a trial" (*Patterson, supra, per Judson J.* at p. 412; see also *Cohen, supra, per Pigeon J.* at p. 309). The questioning of errors of law is therefore as inappropriate in proceedings to quash a discharge as it is in proceedings to quash a committal. Errors which go to the preliminary hearing judge's jurisdiction are, however, different. Superior courts, from the earliest days in our law, have exercised their inherent authority to enforce compliance with the law by lower tribunals which must exercise fully without exceeding their statutory jurisdiction. Such is the position of a preliminary hearing tribunal.

It follows that both parties to the preliminary hearing process are subject to the same obligations and enjoy the same rights under the jurisdictional test as applied in *Patterson, supra*, to the parent statute as interpreted by *Shephard, supra*. It must, therefore, be determined whether the error in this case was jurisdictional.

An analogous jurisdictional issue arose before this Court in *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, where the Court confined the powers of a judge sitting in a court whose jurisdiction, specified by statute, is limited to those powers set forth in the statute, that is the *Criminal Code*, and no others. The tribunal was there, and is here, entirely statutory and its activities are measured on judicial review against the jurisdiction accorded to it by the governing statute. In the simplest terms, the question in this appeal therefore reduces itself to

minaire est simplement de déterminer s'il y a suffisamment de preuve contre l'accusé pour justifier qu'on lui ordonne de subir son procès. Elle n'est pas destinée à déterminer, de manière définitive ou autre, la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Par conséquent, il n'est pas approprié pour permettre l'extension des moyens de contrôle destinés à corriger des erreurs de droit commises au cours d'enquêtes préliminaires qui ont trait, par exemple, à l'admission de preuve, à l'interrogatoire de témoins ou à la production de documents. Une enquête préliminaire «n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un» (*Patterson, précité*, le juge Judson à la p. 412; voir également *Cohen, précité*, le juge Pigeon à la p. 309). La remise en question d'erreurs de droit est par conséquent aussi inappropriée dans des procédures visant à annuler une libération qu'elle l'est dans des procédures visant à annuler un renvoi à procès. Toutefois les erreurs qui portent atteinte à la compétence du juge à l'enquête préliminaire sont différentes. Dès le début dans notre droit, les cours supérieures ont exercé leur compétence inhérente pour assurer le respect de la loi par les juridictions inférieures qui doivent s'acquitter de leurs tâches d'une manière complète sans excéder la compétence que leur confère la loi. Telle est la position d'un tribunal d'enquête préliminaire.

Il s'ensuit que les deux parties à l'enquête préliminaire sont assujetties aux mêmes obligations et jouissent des mêmes droits en vertu du critère de la compétence appliqué dans l'arrêt *Patterson, précité*, à l'égard de la loi habilitante telle qu'elle a été interprétée dans l'arrêt *Shephard, précité*. Par conséquent, on doit déterminer si, en l'espèce, il s'agit d'une erreur de compétence.

Une question de compétence analogue a été soulevée devant cette Cour dans l'arrêt *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, où la Cour a restreint les pouvoirs d'un juge siégeant dans une cour dont la compétence, définie par la loi, est limitée aux seuls pouvoirs énoncés dans le *Code criminel*. Le tribunal était dans cette affaire, et est en l'espèce, entièrement créé par la loi et ses activités sont évaluées par l'examen judiciaire en fonction de la compétence qui lui a été conférée par la loi habilitante. Plus simplement, la question posée dans le

whether, as interpreted in *Shephard, supra*, s. 475 provides an authorization or mandate only for a test or process directed to determining that a jury could, upon the evidence presented, convict the accused.

The cases, though not conclusively determining whether the error here is jurisdictional or not, are nevertheless instructive. *Patterson* was a case in which the accused had been committed for trial on a charge of using an instrument with intent to procure a miscarriage. He argued that it was reviewable error for the committing justice to refuse production of a statement made by the woman mentioned in the charge to the police so that defence counsel could use it in cross-examination. The majority of this Court disagreed. Spence J. in dissent, and Hall J. who concurred in the result reached by Spence J. but delivered separate reasons, both held that a limitation on the accused's right to fully cross-examine the witnesses at the preliminary inquiry would amount to a denial of natural justice, and thus to jurisdictional error. Their disagreement related to their different conclusions as to whether such a limitation had occurred on the facts.

In the *Cohen* case, *supra*, the application was brought before the magistrate's decision had been reached. The error alleged in that case was that the magistrate had wrongly sustained the Crown's objection to questions asked by defence counsel of Crown witnesses. This Court held that a decision as to the admissibility of evidence, however erroneous, does not constitute jurisdictional error. See also *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488 (B.C.C.A.) and *Re Nicols and The Queen*, reported with *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 20 O.R. (2d) 455 (C.A.), in which the refusal by the presiding judge to order the production of a police notebook for cross-examination by the accused may have been an error in law, but was not jurisdictional and hence beyond review.

présent pourvoi se résume donc à savoir si l'interprétation donnée à l'art. 475 dans l'arrêt *Shephard*, précité, fournit une autorisation ou un mandat pour énoncer seulement un critère ou un ^a procédé visant à déterminer qu'un jury pouvait, vu la preuve soumise, déclarer l'accusé coupable.

La jurisprudence, qui ne détermine pas d'une façon définitive s'il s'agit en l'espèce d'une erreur de compétence, est néanmoins instructive. Dans l'affaire *Patterson*, l'accusé a été renvoyé pour subir son procès sous une accusation d'avoir employé un instrument avec l'intention de procurer un avortement. Il a soutenu que le juge qui l'avait renvoyé à son procès avait commis une erreur donnant lieu à révision en refusant la production d'une déclaration faite à la police par la femme mentionnée dans l'accusation de sorte que l'avocat de la défense puisse l'utiliser dans le contre-interrogatoire. Les juges de cette Cour, à la majorité, n'ont pas souscrit à cet argument. Le juge Spence, dissident, et le juge Hall qui a souscrit quant au résultat aux motifs du juge Spence mais qui a prononcé des motifs distincts, ont jugé tous les deux qu'une restriction au droit de l'accusé de contre-interroger pleinement les témoins à l'enquête préliminaire équivaut à un déni de justice naturelle et ainsi à une erreur de compétence. Leur désaccord résultait de leurs conclusions différentes quant à savoir s'il y avait eu une telle restriction dans les faits.

Dans l'affaire *Cohen*, précitée, la demande avait été présentée avant que le magistrat n'ait rendu sa décision. L'erreur alléguée dans cette affaire était que le magistrat avait, à tort, maintenu l'objection de la poursuite à des questions posées par l'avocat de la défense à des témoins à charge. Cette Cour a jugé qu'une décision relative à l'admissibilité de la preuve, même si elle était erronée, ne constitue pas une erreur de compétence. Voir également *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488 (C.A.C.-B.) et *Re Nicols and The Queen*, publié avec *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen*, (1977), 20 O.R. (2d) 455 (C.A.), dans lequel le refus du juge président d'ordonner la production d'un carnet de la police pour le contre-interrogatoire par l'accusé peut avoir été une erreur de droit, mais n'était pas une erreur de compétence et ne donnait donc pas lieu à révision.

Forsythe, supra, was a similar case. The accused's application for *certiorari* was denied where the Provincial Court Judge had disallowed questions sought to be asked of the complainant at an *in camera* hearing pursuant to s. 142 of the *Criminal Code*. Laskin C.J. set out a catalogue of some of the types of errors which might result in a loss of jurisdiction by a justice at a preliminary inquiry. He said, at pp. 271-72:

In speaking of lack of jurisdiction, this Court [in *Patterson*] was not referring to lack of initial jurisdiction of a judge or magistrate to enter upon a preliminary inquiry. This is hardly a likelihood. The concern rather was with the loss of this initial jurisdiction and, in my opinion, the situations in which there can be a loss of jurisdiction in the course of a preliminary inquiry are few indeed. However, jurisdiction will be lost by a magistrate who fails to observe a mandatory provision of the *Criminal Code*: see *Doyle v. The Queen* [[1977] 1 S.C.R. 597]. Canadian law recognizes that a denial of natural justice goes to jurisdiction: see *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec* [[1953] 2 S.C.R. 140]. In the case of a preliminary inquiry, I cannot conceive that this could arise otherwise than by a complete denial to the accused of a right to call witnesses or of a right to cross-examine prosecution witnesses. Mere disallowance of a question or questions on cross-examination or other rulings on proffered evidence would not, in my view, amount to a jurisdictional error. However, the judge or magistrate who presides at a preliminary inquiry has the obligation to obey the jurisdictional prescriptions of s. 475 of the *Criminal Code*.

This Court's most recent statement on the question, *Skogman v. The Queen, supra*, was also a case in which the accused applied for *certiorari* to quash his committal, here because, as was admitted by the Crown, there was no evidence of an essential element of the offence. The application was successful. The majority of the Court, held at pp. 100-01 that s. 475,

At minimum, . . . calls upon the presiding justice to form an opinion as to whether evidence is "sufficient" or whether "no sufficient case is made out" so as to justify a conclusion by the presiding justice "to put the accused on trial" or not to commit the accused to trial. There is

L'affaire *Forsythe*, précitée, était semblable. La demande de *certiorari* de l'accusé a été refusée quand le juge de la Cour provinciale a rejeté les questions qu'on cherchait à poser au sujet du plaignant lors d'une audience à huis clos tenue en vertu de l'art. 142 du *Code criminel*. Le juge en chef Laskin a établi une liste de certains des types d'erreurs qui peuvent entraîner la perte de compétence d'un juge à une enquête préliminaire. Il a dit aux pp. 271 et 272:

En parlant du défaut de compétence, cette Cour [dans l'arrêt *Patterson*] ne faisait pas référence au défaut de compétence initial du juge ou du magistrat de commencer une enquête préliminaire. C'est un cas peu probable. Il s'agissait plutôt de la perte de cette compétence initiale et, à mon avis, il n'y a que fort peu de cas où il peut y avoir perte de compétence pendant une enquête préliminaire. Cependant, un magistrat perdra compétence s'il omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel*: voir l'arrêt *Doyle c. La Reine* [[1977] 1 R.C.S. 597]. Le droit canadien reconnaît qu'un déni de justice naturelle porte atteinte à la compétence: voir l'arrêt *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des relations de travail du Québec* [[1953] 2 R.C.S. 140]. Dans le cas d'une enquête préliminaire, je ne peux concevoir que cela se produise à moins que l'accusé ne se voie totalement refuser le droit de citer des témoins ou de contre-interroger les témoins de la poursuite. Le simple rejet d'une ou de plusieurs questions en contre-interrogatoire ou d'autres décisions sur la preuve avancée ne constituent pas, à mon avis, une erreur portant atteinte à la compétence. Cependant, le juge ou le magistrat présidant à l'enquête préliminaire doit obéir aux dispositions relatives à la compétence de l'art. 475 du *Code criminel*.

La déclaration la plus récente de cette Cour sur la question, l'arrêt *Skogman c. La Reine*, précité, était également une affaire dans laquelle l'accusé a demandé un *certiorari* en vue d'annuler son renvoi à procès, en ce cas parce que, comme la poursuite l'a admis, il n'y avait aucun élément de preuve concernant un élément essentiel de l'infraction. La demande a été accueillie. La Cour, à la majorité, a statué aux pp. 100 et 101 que l'art. 475,

Tout au moins . . . oblige le juge de paix qui préside à déterminer si la preuve est «suffisante» ou si «on n'a établi aucun motif suffisant» de manière à justifier sa décision soit de «faire passer [la personne inculpée] en jugement», soit de ne pas renvoyer la personne inculpée

no rule within the statutory framework adopted by Parliament for arbitrary action by the tribunal.

It was therefore concluded, at p. 104:

The courts of this country have, since the judgment in *Martin* [*Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen*], *supra*, generally adopted the rule that a committal of an accused at a preliminary, in the absence of evidence on an essential ingredient in a charge, is a reviewable jurisdictional error . . . "No evidence" on an essential element of the charge against the accused cannot amount to "sufficient evidence" under s. 475.

A number of lower court decisions were to the same effect: *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen, supra*, *Re Poirier and The Queen* (1981), 62 C.C.C. (2d) 452, *Re Robar and The Queen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 133 (N.S.C.A.)

In summary, it is clear enough that no jurisdictional error is committed where the justice incorrectly rules on the admissibility of evidence or incorrectly decides that a particular question or line of questioning cannot be pursued at the preliminary inquiry. This is, of course, subject to the important condition that rulings in the course of a preliminary hearing on evidentiary questions as to the extent of limitation on the basic right to cross-examine or to call witnesses, may develop into a violation of natural justice and fall within the condemnation of *Forsythe, supra*, and hence be subject to judicial review. See also *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen, supra*, at p. 488. Jurisdictional error is committed where "mandatory provisions" of the *Criminal Code* are not followed, and in the context of s. 475, this means at least that there must be some basis in the evidence proffered for the justice's decision to commit. There is no jurisdiction to act "arbitrarily". However, where there is some evidence, it is clearly within the justice's jurisdiction to come to a decision as to whether that evidence is of sufficient weight to commit. This follows from the statement

à son procès. Il n'existe dans le cadre législatif adopté par le Parlement aucune règle autorisant le tribunal à procéder de façon arbitraire.

On a par conséquent conclu à la p. 104:

^a Depuis l'arrêt *Martin* [*Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen*], précité, les tribunaux canadiens ont généralement adopté la règle selon laquelle le renvoi d'un accusé à son procès à l'issue d'une enquête préliminaire constitue, en l'absence d'éléments de preuve concernant un élément essentiel de l'accusation, une erreur de compétence susceptible de révision . . . «L'absence d'éléments de preuve» concernant un élément essentiel de l'accusation portée contre l'accusé ne peut équivaloir à une «preuve suffisante» au sens de l'art. 475.

^c Un certain nombre de décisions de juridictions inférieures vont dans le même sens: *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen, supra*, *Re Poirier and The Queen* (1981), 62 C.C.C. (2d) 452, *Re Robar and The Queen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 133 (C.A.N.-É.)

^e En résumé, il est suffisamment clair qu'aucune erreur de compétence n'est commise lorsque le juge de paix statue de manière erronée sur l'admissibilité d'un élément de preuve ou décide de manière erronée qu'une question en particulier ou une série de questions ne peuvent être posées à l'enquête préliminaire. Évidemment, cela est sous réserve de la condition importante que les décisions rendues au cours d'une enquête préliminaire sur des questions de preuve quant à l'étendue de la restriction imposée au droit fondamental de contre-interroger ou de citer des témoins, peuvent entraîner une violation de la justice naturelle et être visées par la condamnation contenue dans l'arrêt *Forsythe*, précité, et par conséquent donner lieu à un examen judiciaire. Voir également *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen, supra*, à la p. 488. Il y a erreur de compétence lorsque des «dispositions impératives» du *Code criminel* ne sont pas suivies et, dans le contexte de l'art. 475, cela signifie au moins que la décision du juge de renvoyer à procès doit dans une certaine mesure être fondée sur la preuve présentée. Aucune compétence ne permet d'agir de façon «arbitraire». Toutefois, lorsqu'il y a certains éléments de preuve, le juge a nettement compétence pour décider si ceux-ci sont suffisants pour renvoyer à procès. Cela découle de la déclaration de

of Lord Sumner in *Nat Bell Liquors, Ltd.*, *supra*, at p. 144:

On certiorari, so far as the presence or absence of evidence becomes material, the question can at most be whether any evidence at all was given on the essential point referred to. Its weight is entirely for the inferior Court

The *Nat Bell Liquors, Ltd.* appeal, *supra*, concerned the attempted judicial review of a conviction by a magistrate on a charge under a provincial statute from which there was no appeal. The Court was not there concerned with s. 475, although some of the evidentiary considerations relating to judicial review bear the same consequences whether the review is of a decision of an inferior tribunal or the proceedings under s. 475.

The question therefore remains whether the preliminary hearing judge, in deciding that because the evidence did not establish beyond reasonable doubt that the accused was identified as the person responsible for the offences charged, he could not commit him for trial, was acting within his jurisdiction or was acting in excess of his jurisdiction under s. 475. The appellant rightly points out that the section does not direct the judge as to the standard of proof to be applied in determining the sufficiency of the evidence for committal or for discharge. It might be said, therefore, that the judge exercised his discretion as to the proof demanded by the statute. There is certainly no specific direction, as there was in *Doyle, supra*, where the statute required that the judge "shall" grant an adjournment in a particular way and subject to particular limitations.

In my view the appellant cannot successfully sustain his submissions. This is not a case where the reviewing judge merely thinks that the justice was wrong, in the sense that if the reviewing judge had been sitting at the preliminary inquiry, he would have reached a different conclusion as to the sufficiency of the evidence. It is a case in which

lord Sumner dans l'arrêt *Nat Bell Liquors, Ltd.*, précité, à la p. 144:

[TRADUCTION] Dans le cas du *certiorari*, pour autant que la présence ou l'absence d'éléments de preuve importe, on ne peut que se demander si un élément de preuve quelconque a été présenté au sujet du point essentiel mentionné. Son poids est laissé entièrement à l'appréciation du tribunal inférieur . . .

L'affaire *Nat Bell Liquors, Ltd.*, précitée, portait sur la tentative d'examen judiciaire d'une déclaration de culpabilité qu'un magistrat avait rendue relativement à une accusation portée en vertu d'une loi provinciale qui ne prévoyait pas d'appel. Dans cette affaire, le tribunal n'avait pas à s'occuper de l'art. 475, bien que certaines considérations en matière de preuve se rapportant à l'examen judiciaire entraînent les mêmes conséquences qu'il s'agisse de la révision d'une décision d'une juridiction inférieure ou de procédures prises en vertu de l'art. 475.

Par conséquent, reste encore la question de savoir si le juge à l'enquête préliminaire agit dans le cadre de sa compétence ou outrepassé la compétence que lui confère l'art. 475 lorsqu'il décide qu'il ne peut renvoyer l'accusé à son procès parce que la preuve n'établit pas hors de tout doute raisonnable que ce dernier a été effectivement identifié comme l'auteur des infractions imputées. L'appelant souligne avec justesse que l'article ne précise pas à l'intention du juge la norme de preuve qui doit être appliquée pour déterminer le caractère suffisant de la preuve pour le renvoi à procès ou pour la libération. On pourrait donc dire que le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait à la preuve qu'exige la loi. Il n'y a certainement aucune directive précise, comme il y en avait dans l'affaire *Doyle*, précitée, dans laquelle la loi disposait que le juge «doit» accorder un ajournement d'une manière particulière sous réserve de restrictions particulières.

À mon avis, les arguments de l'appelant ne peuvent pas lui donner gain de cause. Il ne s'agit pas d'une affaire où le juge qui procède à la révision pense simplement que le juge de paix a eu tort, dans le sens que si le juge qui procède à la révision avait siégé à l'enquête préliminaire, il serait arrivé à une conclusion différente quant au

the real complaint is that the exercise of weighing the evidence proceeded on an entirely erroneous basis in law, which in turn goes to the mandate issued by Parliament in s. 475. That is to say, s. 475, in the context in which it is found in the *Criminal Code*, does not direct the preliminary hearing judge to determine guilt or innocence. This is clear from s. 475 viewed alone and would be the case even if *Shephard, supra*, which now defines the test or standard of proof that should in law be applied by a preliminary hearing judge, had never been decided.

There are *dicta* suggesting that an error as to the burden or standard of proof applicable under s. 475 of the *Criminal Code* is error of law only, and does not go to jurisdiction: see *R. v. Hubbard*, [1976] 3 W.W.R. 152 (B.C.S.C.), *Re Mitchell and Maynes and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 344 (Alta. S.C.) (In an entirely different context, Lowry J. in *R. (Hanna) v. Ministry of Health and Local Government*, [1966] N.I. 52 (Q.B.), assumed that error as to the "kind and standard of proof" resting on a party who sought *certiorari* to review the decision of a Minister on an appeal from a planning decision was an error of law only and did not go to jurisdiction.) In my view, *Hubbard* and *Re Mitchell, supra*, are not supportive of the appellant's position in this case. The preliminary hearings in those cases took place before this Court in *Shephard, supra*, had authoritatively interpreted the parliamentary directive to the judicial officer presiding over a preliminary hearing. While the tests employed in *Hubbard* and *Re Mitchell* under s. 475 were later rejected in *Shephard*, in neither of these cases did the decision-maker fundamentally misconstrue the nature of the task in which he was engaged under the section. In both cases, the preliminary inquiry judge in fact made the determination as to sufficiency of evidence required of him by s. 475.

caractère suffisant de la preuve. C'est une affaire dans laquelle la vraie plainte porte sur le fait que l'appréciation de la preuve repose sur un fondement entièrement erroné en droit, qui ensuite porte atteinte au mandat que confie le législateur dans l'art. 475. Autrement dit, l'art. 475, dans le contexte où il se trouve dans le *Code criminel*, n'ordonne pas au juge à l'enquête préliminaire de déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Cela ressort clairement de l'art. 475 pris isolément et ce serait le cas même si l'arrêt *Shephard*, précité, qui définit maintenant le critère ou la norme de preuve qui devrait, en droit, être appliqué à un juge à l'enquête préliminaire, n'avait jamais existé.

Certaines opinions incidentes laissent entendre qu'une erreur quant au fardeau ou à la norme de preuve applicable en vertu de l'art. 475 du *Code criminel* constitue une erreur de droit seulement et ne porte pas atteinte à la compétence: voir *R. v. Hubbard*, [1976] 3 W.W.R. 152 (C.S.C.-B.), *Re Mitchell and Maynes and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 344 (C.S. Alb.) (Dans un contexte entièrement différent, le juge Lowry dans *R. (Hanna) v. Ministry of Health and Local Government*, [1966] N.I. 52 (B.R.), a présumé qu'une erreur quant au [TRADUCTION] «genre et à la norme de preuve» qui incombe à une partie qui cherche à obtenir un *certiorari* pour faire réviser la décision d'un ministre dans un appel d'une décision en matière de planification était une erreur de droit seulement et ne portait pas atteinte à la compétence.) À mon avis, les affaires *Hubbard* et *Re Mitchell*, précitées, n'appuient pas la position de l'appelant en l'espèce. Les enquêtes préliminaires dans ces affaires ont eu lieu avant que cette Cour dans l'arrêt *Shephard*, précité, ait interprété de manière définitive la directive législative donnée au magistrat qui préside une enquête préliminaire. Bien que les critères utilisés dans les affaires *Hubbard* et *Re Mitchell* en vertu de l'art. 475 aient été rejetés par la suite dans l'arrêt *Shephard*, l'instance décisionnelle dans aucune de ces affaires n'a fondamentalement mal interprété la nature de la tâche qui lui incombait aux termes de l'article. Dans ces deux affaires, le juge à l'enquête préliminaire a, en fait, rendu une décision sur le caractère suffisant de la preuve comme le lui imposait l'art. 475.

In applying the wrong test for sufficiency, a preliminary inquiry judge does not commit jurisdictional error. In deciding an issue reserved to another forum, however, he does. That is the nature of the error in this appeal. Norton Prov. Ct. J.'s adoption of the reasonable doubt test indicates that he was not, as s. 475 requires, directing his mind to the question whether the evidence was sufficient to warrant committing the accused to stand trial. Rather, in effect, he arrogated to himself the decision of the issue reserved by Parliament to another forum, the trial court. He engaged in a process designed for determining guilt or innocence, that is, for acquitting or convicting an accused. In fact, the formal order, signed by the learned preliminary hearing judge, indicates that the charges against the accused were "dismissed", and not "discharged" as required by the section of the *Code*. A dismissal is, if made by a court of competent jurisdiction, a final disposition of the case against an accused sufficient to support the plea of *autrefois acquit*: *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493, *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380. Norton Prov. Ct. J.'s jurisdiction was defined by the enabling statute. That jurisdiction was exceeded when, instead of performing the function assigned to him, he did something quite different. The error in this proceeding was not that the Provincial Court Judge merely misstated the test (which would, as was concluded in *Hubbard*, *supra*, be an error of law within jurisdiction) but that he dismissed the information.

I therefore conclude that jurisdictional error is present in this case and that these proceedings are subject to judicial review because *certiorari*, or proceedings in the nature of *certiorari*, run equally where the error in jurisdiction results in a discharge or a committal.

I then turn to the final issue, which is whether *certiorari* should provide a remedy where the Crown has other remedies available which have not been exhausted. This matter has been touched

En appliquant un critère erroné pour déterminer le caractère suffisant de la preuve, le juge à l'enquête préliminaire ne commet pas une erreur de compétence. Toutefois, il en commet une lorsqu'il tranche une question qui est réservée à une autre juridiction. C'est la nature de l'erreur qui fait l'objet du présent pourvoi. Le fait que le juge Norton de la Cour provinciale ait adopté le critère du doute raisonnable indique qu'il ne se posait pas, comme l'exige l'art. 475, la question de savoir si la preuve était suffisante pour justifier le renvoi de l'accusé à son procès. En effet, il s'est plutôt arrogé le pouvoir de décider de la question que le législateur a réservée à une autre juridiction, le juge du procès. Il s'est engagé dans un processus conçu pour déterminer la culpabilité ou l'innocence, c.-à-d., pour acquitter un accusé ou le déclarer coupable. De fait, le prononcé formel signé par le savant juge à l'enquête préliminaire, indique que les accusations contre l'inculpé ont été «rejetées» et non qu'il a été «libéré» comme l'exige l'article du *Code*. Un rejet, prononcé par le tribunal compétent, constitue un jugement final sur l'accusation suffisant pour justifier un plaidoyer d'*autrefois acquit*: *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493, *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380. La compétence du juge Norton de la Cour provinciale est définie par la loi habilitante. Il a excédé cette compétence lorsque, au lieu d'exécuter la fonction qui lui était attribuée, il a agi de manière très différente. L'erreur dans cette affaire n'est pas que le juge de la Cour provinciale a simplement mal énoncé le critère (ce qui constituerait, selon la conclusion de l'arrêt *Hubbard*, précité, une erreur de droit dans le cadre de sa compétence) mais qu'il a rejeté la dénonciation.

Je suis donc d'avis de conclure qu'il y a erreur de compétence en l'espèce et que les présentes procédures sont assujetties à un examen judiciaire parce que le *certiorari*, ou des procédures de la nature du *certiorari*, s'appliquent également lorsque l'erreur de compétence entraîne la libération ou le renvoi à procès.

J'examine maintenant la question finale, qui est de savoir si le *certiorari* devrait constituer un recours lorsque la poursuite en a d'autres à sa disposition qui n'ont pas été épuisés. Cette ques-

upon by this Court in other cases. In *Forsythe*, Laskin C.J. wrote that although *certiorari* is a discretionary remedy, it would not be denied to quash a committal for trial because “there is no other recourse. Committals for trial are not appealable and can only be challenged by *certiorari* or motion to quash” (at p. 271). Here, it is alleged that there are alternative remedies, or at least alternative avenues of action: the Crown can prefer a direct indictment or it can re-charge the accused and proceed to a new preliminary inquiry.

The discretion to decline to grant *certiorari* is most frequently exercised where the alternative remedy consists of a right to appeal the decision complained of (see Reid and David, *Administrative Law and Practice* (2nd ed., 1978), at pp. 369-72, *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561). Other alternative remedies have also been considered to justify a refusal of *certiorari* (i.e., where the statute sets out specific alternatives other than an appeal, or where there may be a right of action for damages or for a declaration). However, “[t]he court ought not to refuse *certiorari* because of alternative remedies other than appeal unless it is clearly satisfied that those other remedies are more appropriate” (*De Smith’s Judicial Review of Administrative Action* (4th ed., 1980), at p. 426).

There is a possibility, as the appellant concedes, that if the Crown were to proceed by either of the two routes said to afford alternative remedies, this may be held to amount to abuse of process. Further, it must be considered that in this case, the alternatives are not truly alternative, in the sense that an appeal, for example, is. As Monnin J.A. pointed out in the Court of Appeal, “It is not a remedy available to correct an error to have to start all over again, or to prefer an indictment with specific consent of the Attorney-General.” The erroneous determination continues to stand, and may well hinder the pursuit of the suggested alternatives. In taking these factors into account, it is

tion a été abordée par cette Cour dans d’autres affaires. Dans l’arrêt *Forsythe*, le juge en chef Laskin a écrit que, bien que le *certiorari* soit un recours de nature discrétionnaire, il ne sera pas refusé pour casser un renvoi à procès car «il n’existe pas d’autre recours. Les renvois à procès ne sont pas susceptibles d’appel et ne peuvent être contestés que par *certiorari* ou requête en cassation» (à la p. 271). En l’espèce, on soutient qu’il y a d’autres recours, ou du moins d’autres moyens d’action: la poursuite peut présenter un acte d’accusation direct ou peut porter une nouvelle accusation contre l’accusé et entreprendre une nouvelle enquête préliminaire.

Le pouvoir discrétionnaire de refuser d’accorder le *certiorari* est plus fréquemment exercé lorsque l’autre recours est le droit d’interjeter appel de la décision dont on se plaint (voir Reid and David, *Administrative Law and Practice* (2nd ed., 1978), aux pp. 369 à 372, *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561). D’autres recours ont également été envisagés pour justifier le refus d’accorder le *certiorari* (par ex. lorsque la loi prévoit de manière précise des recours autres que l’appel ou lorsqu’il peut y avoir un droit d’action en dommages-intérêts ou pour obtenir un jugement déclaratoire). Toutefois, [TRADUCTION] «le tribunal ne devrait pas refuser d’accorder un *certiorari* parce qu’il existe des recours autres que l’appel à moins qu’il ne soit clairement convaincu que ces autres recours sont plus appropriés» (*De Smith’s Judicial Review of Administrative Action* (4th ed., 1980), à la p. 426).

Il est possible, comme l’admet l’appelant, que, si la poursuite utilise l’une ou l’autre voie qui, dit-on, offrent d’autres recours, cela puisse équivaloir à un abus de procédure. En outre, il faut considérer qu’en l’espèce les autres recours ne constituent pas vraiment d’autres choix, dans le même sens que l’est, par exemple, un appel. Comme le juge Monnin l’a souligné en Cour d’appel [TRADUCTION] «Recommencer ou présenter un acte d’accusation avec le consentement précis du procureur général ne constitue pas un recours permettant de corriger une erreur.» La décision erronée continue de s’appliquer et peut très bien empêcher qu’on utilise les autres recours proposés. Compte tenu de

not "clearly" more appropriate to require the Crown to embark on the doubtful course of relaying the charges or preferring a direct indictment. As Matas J.A. pointed out below, these courses of action also may lead to the very opportunities for delay in bringing the case to trial which the limitations on *certiorari* in this context were designed to avoid. The remedy of *certiorari* should not, therefore, be denied.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Martens, Alsip, Tracey, Zyla, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

ces facteurs, il n'est pas «clairement» plus approprié d'exiger que la poursuite s'engage dans la voie douteuse qui consiste à porter de nouvelles accusations ou à présenter un acte d'accusation direct.

^a Comme le juge Matas l'a souligné en Cour d'appel, ces moyens d'action peuvent également occasionner un retard dans l'audition de l'affaire, ce que les restrictions imposées au *certiorari* dans ce contexte étaient destinées à éviter. Par conséquent, le recours par voie de *certiorari* ne doit pas être refusé.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

^c *Pourvoi rejeté.*

Procureurs de l'appelant: Martens, Alsip, Tracey, Zyla, Winnipeg.

^d *Procureur de l'intimée: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.*

Lana Louise Clarkson *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 18058.

1985: May 16; 1986: April 24.

Present: Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson,
Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Right waived by intoxicated person — Accused still drunk when interrogated — Statements made during interrogation highly inculpatory — Whether or not violation of Charter right to counsel — Whether or not evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Appellant was very intoxicated when she was charged with her husband's murder, given the customary police warning and informed of her right to counsel. She said there was "no point" in having counsel and underwent police questioning while still drunk and very emotional. The interrogation continued in spite of the efforts of an aunt to have it postponed and to convince appellant to stop talking until counsel was present. Appellant's statements, which were highly inculpatory, were not admitted at trial because of appellant's inability to understand the consequence of making them. Given this result, the issue of whether or not appellant's *Charter* right to counsel had been violated did not have to be addressed. The Court of Appeal rejected the trial judge's test of admissibility of the appellant's inculpatory statements. It found the proper test to be whether or not the accused's remarks were those of an operating mind. It found that they were, allowed the appeal from acquittal and ordered a new trial. At issue here were (1) the proper test of admissibility of the inculpatory statements of an intoxicated accused; (2) the test to be applied to determine the validity of a waiver of the *Charter* right to counsel; and (3) the consequences of a breach of the accused's *Charter* right to counsel.

Lana Louise Clarkson *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° du greffe: 18058.

1985: 16 mai; 1986: 24 avril.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer,
Wilson, Le Dain et La Forest.

^b EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Renonciation à ce droit par une personne en état d'ébriété — Accusée encore ivre au moment de l'interrogatoire — Déclarations très incriminantes faites pendant l'interrogatoire — Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte? — Y a-t-il lieu d'exclure cette preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

L'appelante était en état d'ébriété très avancé quand elle a été accusée du meurtre de son mari, quand les policiers lui ont fait la mise en garde ordinaire et quand elle a été informée de son droit à l'assistance d'un avocat. Elle a déclaré que l'assistance d'un avocat lui était inutile et elle a subi un interrogatoire de la police alors qu'elle était encore ivre et très perturbée. L'interrogatoire s'est poursuivi malgré les efforts déployés par une tante de l'appelante en vue de le faire reporter et de convaincre l'appelante de se taire aussi longtemps qu'elle ne serait pas en présence d'un avocat. Les déclarations de l'appelante, qui étaient très incriminantes, ont été rejetées au procès à cause de l'incapacité de l'appelante d'en comprendre les conséquences. Compte tenu de ce résultat, il n'était pas nécessaire d'aborder la question de savoir s'il y avait eu violation du droit à l'assistance d'un avocat que la *Charte* garantit à l'appelante. La Cour d'appel a rejeté le critère d'admissibilité des déclarations de l'appelante, proposé par le juge du procès. Elle a conclu que le critère qu'il fallait appliquer consistait à se demander si les observations de l'appelante procèdent d'un état d'esprit conscient. Elle a conclu que oui, a accueilli l'appel de l'acquiescement et a ordonné un nouveau procès. Dans le cadre du présent pourvoi, il y a lieu de se prononcer sur (1) le critère qu'il faut appliquer concernant l'admissibilité des déclarations incriminantes d'un accusé en état d'ébriété, (2) le critère qu'il faut appliquer pour établir la validité d'une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*, et (3) les conséquences de la violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*.

Held: The appeal should be allowed.

Per Estey, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.: The proper test to be applied in determining the effectiveness of a waiver of the right to counsel at common law did not have to be decided in this case because the appellant's constitutional right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* had been violated.

Any voluntary waiver of the right to counsel in s. 10(b) of the *Charter*, to be valid and effective, must be premised on a true appreciation of the consequences of giving up that right. The recognized purpose of the right is to ensure that the accused is treated fairly in the criminal process. Accordingly, the court in assessing the validity of a waiver, unlike a confession, cannot be concerned only with probative value and restrict the test to the accused's mere comprehension of his words.

The appellant's waiver of the s. 10(b) right to counsel could not pass the "awareness of the consequences test". The continued questioning of appellant by the police therefore violated her s. 10(b) right. Absent any urgent reason compelling police to act immediately to gather evidence, the interrogation, at a minimum, should have been delayed until the accused was in a condition to properly exercise her s. 10(b) right or appreciate the consequences of waiving it. The admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute, and accordingly, it must be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Per McIntyre and Chouinard JJ.: The "operating mind" test and the "knowledge of consequences" test overlap. A non-operative mind would not only be unaware of its utterances but also of the consequences of those utterances. It would be for either of these reasons that those utterances would be inadmissible. If the mind operated sufficiently to make a conscious statement but could not have the knowledge of the consequences of making the statement, the evidence should as well be excluded.

The test to be applied in determining whether a statement made to a police officer or other person in authority may be rendered inadmissible because of intoxication of the accused involves two questions:

1. Was the accused aware of what she was saying?

and

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Estey, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest: Il n'est pas nécessaire de décider du critère approprié pour déterminer l'efficacité d'une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat en *common law* parce qu'il y avait eu violation du droit constitutionnel de l'appelante à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte*.

Pour être valide et produire des effets, toute renonciation volontaire au droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte* doit se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit. Le but reconnu de ce droit est d'assurer que l'accusé est traité équitablement dans les procédures criminelles. Par conséquent, la cour, en évaluant la validité d'une renonciation, ne peut pas, à la différence d'une confession, s'intéresser seulement à la valeur probante et limiter le critère à la simple compréhension par l'accusé de ce qu'il dit.

La renonciation par l'appelante au droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b) ne pouvait satisfaire au «critère de la connaissance des conséquences». La persistance de la police à interroger l'appelante a donc constitué une violation du droit que lui garantit l'al. 10b). En l'absence de quelque motif urgent obligeant les policiers à recueillir la preuve immédiatement, l'interrogatoire de l'accusée aurait dû à tout le moins être retardé jusqu'à ce qu'elle soit en mesure de bien exercer le droit que lui confère l'al. 10b), ou d'apprécier les conséquences d'une renonciation à ce droit. L'admission de cette preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et, en conséquence, elle doit être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Les juges McIntyre et Chouinard: Les critères de «l'état d'esprit conscient» et de «la connaissance des conséquences» se chevauchent. Un esprit non conscient ne se rendrait pas compte non seulement de ce qu'il dit, mais encore des conséquences de ce qu'il dit. Ce serait pour l'une ou l'autre de ces raisons que ses paroles seraient inadmissibles. Si l'esprit fonctionnait suffisamment pour faire une déclaration consciente, mais n'était pas en mesure de connaître les conséquences de cette déclaration, il faudrait là encore exclure cette preuve.

Le critère à appliquer pour décider si une déclaration faite à un policier ou à une autre personne en situation d'autorité peut être inadmissible à cause de l'état d'ébriété de l'accusé comporte deux questions:

1. La personne accusée était-elle consciente de ce qu'elle disait?

et

2. Was she aware of the consequences of making the statement on the particular occasion in question?

To be aware of the consequences in this context simply means to be capable of understanding that her statement could be used in evidence in proceedings to be taken against her. Common sense would dictate that a very high degree of intoxication would be required to render such a statement inadmissible.

Cases Cited

By Wilson J.

R. v. Therens, [1985] 1 S.C.R. 613; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, applied; *McKenna v. The Queen*, [1961] S.C.R. 660; *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Williams*, [1959] N.Z.L.R. 502; *R. v. Phillips*, [1949] N.Z.L.R. 316; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *R. v. Doyle* (1887), 12 O.R. 347; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321; *Lawrie v. Muir*, [1950] S.C. (J.C.) 19; *Adams v. United States*, 317 U.S. 269 (1942); *Minor v. United States*, 375 F.2d 170 (1967), certiorari denied 389 U.S. 882 (1967); *Von Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1948), referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1983), 9 C.C.C. (3d) 263, 50 N.B.R. 226, 131 A.P.R. 226, allowing an appeal from acquittal by Stevenson J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

C. David Hughes, Q.C., and *Sherron Hughes*, for the appellant.

Glendon J. Abbott, for the respondent.

The judgment of Estey, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

WILSON J.—This case raises an issue as to the admissibility of a confession made by an accused

2. Était-elle consciente des conséquences de sa déclaration dans les circonstances particulières en question?

Être consciente des conséquences dans le présent contexte signifie simplement être capable de comprendre que sa déclaration pouvait servir de preuve dans des procédures intentées contre elle. Le bon sens indique qu'il faudrait un état d'ébriété très avancé pour qu'une telle déclaration soit inadmissible.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts appliqués: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; arrêts mentionnés: *McKenna v. The Queen*, [1961] R.C.S. 660; *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Williams*, [1959] N.Z.L.R. 502; *R. v. Phillips*, [1949] N.Z.L.R. 316; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *R. v. Doyle* (1887), 12 O.R. 347; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321; *Lawrie v. Muir*, [1950] S.C. (J.C.) 19; *Adams v. United States*, 317 U.S. 269 (1942); *Minor v. United States*, 375 F.2d 170 (1967), certiorari refusé 389 U.S. 882 (1967); *Von Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1948).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1983), 9 C.C.C. (3d) 263, 50 N.B.R. 226, 131 A.P.R. 226, qui a accueilli l'appel de l'acquittement prononcé par le juge Stevenson et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

C. David Hughes, c.r., et *Sherron Hughes*, pour l'appelante.

Glendon J. Abbott, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Estey, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE WILSON—L'espèce soulève la question de l'admissibilité d'une confession faite par un

while in an intoxicated state and without the benefit of counsel.

1. The Facts

The appellant, in an apparently intoxicated state, telephoned her sister in the early morning hours of December 8, 1982 to tell her that her (the appellant's) husband had been shot. The sister initially quoted the appellant as having said "I did it. I shot him," but upon cross-examination acknowledged that the appellant had been in a rather inarticulate state and could have said something like "Somebody shot him," or "James has been shot". In any event, several of the appellant's family members arrived at her house soon after the phone call and from there they called the police. The appellant was found crying and screaming in a hysterical condition. Her husband, James Clarkson, lay sprawled out on a living room chair with a bullet hole in his head at the right temple. A rifle, on which no fingerprints could be found, was located near the deceased's body.

The police arrived on the scene and after some initial investigation charged the appellant with murder. She was given the customary police warning and duly informed of her right to retain and instruct counsel before being driven to a Fredericton hospital accompanied by her aunt, Lorna Estey. While *en route* to the hospital the police overheard a conversation between the appellant and Mrs. Estey which, according to the police, contained admissions of guilt on the appellant's part. These conversations, along with a number of other casual remarks made by the appellant to Mrs. Estey and others and overheard by the police, were ruled inadmissible at trial. Upon arrival at the hospital the appellant was physically examined and, upon consent, provided a blood sample which showed her to have a blood alcohol level of 210 mg. per 100 ml. of blood notwithstanding that nearly four and a half hours had passed since the initial telephone call. Again, a number of comments made by the appellant during the medical examination were held inadmissible at trial.

accusé alors qu'il est en état d'ébriété et privé de l'assistance d'un avocat.

1. Les faits

^a L'appelante, qui paraissait en état d'ébriété, a téléphoné à sa sœur aux petites heures du matin le 8 décembre 1982 pour lui dire que son mari (le mari de l'appelante) avait été abattu. Sa sœur a ^b commencé par dire que l'appelante lui avait affirmé [TRADUCTION] «Je l'ai fait. Je l'ai tiré», mais au cours du contre-interrogatoire elle a ^c reconnu que l'appelante était plutôt confuse et pouvait avoir dit quelque chose comme [TRADUCTION] «Quelqu'un l'a tiré» ou «James a été tiré». De toute façon, plusieurs membres de la famille de l'appelante se sont rendus chez elle après l'appel téléphonique et ont appelé la police de cet endroit. ^d L'appelante a été trouvée pleurant et criant et en état d'hystérie. Son mari, James Clarkson, était affaissé sur une chaise du vivoir, la tempe droite transpercée d'une balle. Une carabine, sur laquelle ^e on n'a pu trouver d'empreintes, se trouvait près de la victime.

Les policiers sont arrivés sur les lieux et après un début d'enquête ont accusé l'appelante de meurtre. Les policiers lui ont fait la mise en garde ^f ordinaire et l'ont informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant d'être conduite à l'hôpital de Fredericton en compagnie de sa tante, Lorna Estey. Alors qu'ils se dirigeaient ^g vers l'hôpital, les policiers ont surpris une conversation entre l'appelante et M^{me} Estey qui, selon les policiers, comportait des aveux de culpabilité de la part de l'appelante. Ces conversations, de même qu'un certain nombre d'observations faites ^h incidemment par l'appelante à M^{me} Estey et à d'autres personnes, et entendues par la police, ont été jugées inadmissibles au procès. À son arrivée à l'hôpital, l'appelante a subi un examen physique et a consenti à donner un échantillon de sang qui a ⁱ révélé qu'elle avait un taux d'alcoolémie de 210 milligrammes par 100 millilitres de sang, même s'il s'était écoulé près de quatre heures et demie depuis le premier appel téléphonique. De même, ^j un certain nombre d'observations faites par l'appelante pendant l'examen médical ont été jugées inadmissibles au procès.

The police proceeded to take the appellant to the police station where, in the presence of Mrs. Estey, an interrogation was conducted. Once again she was instructed of her right to counsel and apparently nodded in the affirmative when asked if she understood the question. She responded in a similar fashion when asked by the police if it was all right to use a tape recorder during the interview. At this point Mrs. Estey made the first of her interjections, asking whether it was proper for the appellant to be questioned without her lawyer being present. The police responded by pointing out that the appellant had been read those rights of which she was required to be informed and then proceeded with the interrogation. At several points during the questioning Mrs. Estey attempted to have the interrogation halted and to convince the appellant to stop answering questions until she had a lawyer present. It would seem, however, that the appellant waved off Mrs. Estey's suggestion, stating that there was "no point" and that she did not need the help of a lawyer. The police questioning continued and the overall effect of the appellant's responses was to provide the police and the Crown with a statement that was highly inculpatory.

2. The Courts Below

At trial in the Court of Queen's Bench of New Brunswick the appellant testified that she remembered nothing from the applicable time period but that she did not think that she could have shot her husband because, regardless of how drunk she may have been, she loved him too much to commit such a deed. Her statements and responses at the police interrogation were all ruled inadmissible on a *voir dire*. Stevenson J. indicated that, although the statements were voluntary in the traditional sense of not having been induced by fear of prejudice or hope of advantage, the fact that they were made while intoxicated rendered them inadmissible. In determining the effect of drunkenness on the admissibility of a confession Stevenson J. formulated the test as a single question:

Les policiers ont ensuite amené l'appelante au poste de police où on l'a interrogée en présence de M^{me} Estey. On l'a de nouveau informée de son droit à l'assistance d'un avocat et elle semble avoir fait signe que oui quand on lui a demandé si elle avait compris la question. Elle a répondu de la même façon lorsque les policiers lui ont demandé s'ils pouvaient utiliser un magnétophone pendant l'interrogatoire. À ce moment-là, M^{me} Estey est intervenue pour la première fois et a demandé s'il était régulier d'interroger l'appelante hors de la présence de son avocat. Les policiers ont répondu en soulignant que l'appelante avait été mise au courant des droits dont il fallait l'informer et ont continué l'interrogatoire. À plusieurs reprises pendant l'interrogatoire, M^{me} Estey a essayé de l'interrompre et de convaincre l'appelante de ne plus répondre aux questions aussi longtemps qu'elle ne serait pas en présence d'un avocat. Il semblerait toutefois que l'appelante a refusé de suivre les conseils de M^{me} Estey en disant que c'était [TRA-DUCTION] «inutile» et qu'elle n'avait pas besoin de l'assistance d'un avocat. L'interrogatoire des policiers s'est poursuivi et les réponses de l'appelante ont eu comme conséquence globale de fournir à la police et à la poursuite une déclaration très incriminante.

f 2. Les cours d'instance inférieure

Au procès en Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, l'appelante a témoigné qu'elle ne se rappelait rien de la période en cause, mais qu'elle ne croyait pas qu'elle pouvait avoir abattu son mari parce que, quel qu'ait pu être son état d'ébriété, elle l'aimait trop pour commettre un tel acte. Ses déclarations et les réponses qu'elle avait données pendant l'interrogatoire des policiers ont été jugées inadmissibles suite à un *voir-dire*. Le juge Stevenson a indiqué que, même si les déclarations étaient volontaires en ce sens habituel qu'elles n'avaient pas été provoquées par la crainte de subir un préjudice ou l'espoir de tirer un avantage, elles étaient inadmissibles du fait qu'elles avaient été faites en état d'ébriété. Pour établir les conséquences de l'ébriété sur l'admissibilité d'une confession, le juge Stevenson a formulé le critère sous la forme d'une simple question:

... was the accused so intoxicated that the words she uttered were not her statement in the sense that she did not comprehend her statement and was not capable of making a rational judgment as to whether she ought, under the circumstances, to answer questions the answers to which would ultimately be used at her trial on a charge of murder?

Since the appellant was found by Stevenson J. not to have appreciated the consequences of making the statements and the use to which they could be put, the test of admissibility so formulated was not met.

The trial judge went on to state that, with respect to the appellant's right to counsel, Mrs. Estey's protest against the taking of the statement by the police and her efforts to obtain counsel for the appellant would have to be seriously considered. He indicated that, if confronted squarely with such a question, a court might well conclude that the taking of a statement from an accused in the appellant's state of intoxication amounted to an infringement of her right to counsel despite her purported waiver of the right. As the statements had already been ruled inadmissible, however, it was unnecessary to address the issue any more fully. In the absence of the inculpatory statements the Crown was left with a weak and essentially circumstantial case and the appellant was acquitted by the jury.

The Crown's appeal to the New Brunswick Court of Appeal was allowed by the majority. Angers J.A. (with whom Stratton J.A. concurred) stated that it was an error of law for the trial judge to focus the test of admissibility on the appellant's appreciation of the consequences of her statements. Rather, the proper test of admissibility was to ask merely whether the utterances of the appellant were those of an "operating mind". The relevant question to be answered was: was the appellant's mind, despite her impairment from alcohol, in a sufficiently functional state to give probative value to her words? He found that it was.

[TRADUCTION] ... l'accusée était-elle ivre au point que les mots qu'elle prononçait ne constituaient pas sa déclaration, en ce sens qu'elle ne comprenait pas sa déclaration et n'était pas capable de se former une opinion rationnelle quant à savoir si elle devait dans les circonstances répondre aux questions, réponses qui en fin de compte seraient utilisées à son procès relativement à une accusation de meurtre?

Puisque le juge Stevenson a conclu que l'appelante n'avait apprécié ni les conséquences de ses déclarations ni ce à quoi elles pourraient servir, le critère de l'admissibilité ainsi formulé n'était pas respecté.

Le juge du procès a poursuivi en disant que, relativement au droit de l'appelante à l'assistance d'un avocat, il faudrait prendre sérieusement en considération les protestations de M^{me} Estey contre l'interrogatoire de la police et ses tentatives d'obtenir un avocat pour l'appelante. Il a indiqué que, si la question lui était soumise directement, une cour pourrait bien conclure qu'obtenir une déclaration d'une accusée en état d'ivresse aussi avancé que celui où se trouvait l'appelante constitue une violation de son droit à l'assistance d'un avocat, même si elle a apparemment renoncé à se prévaloir de ce droit. Toutefois, puisque les déclarations avaient déjà été jugées inadmissibles, il n'était pas nécessaire d'analyser la question plus en profondeur. En l'absence de déclarations incriminantes, la poursuite ne disposait plus que d'une preuve faible et essentiellement indirecte et le jury a acquitté l'appelante.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a, à la majorité, accueilli l'appel interjeté par la poursuite. Le juge Angers (aux motifs duquel le juge Stratton a souscrit) a affirmé que le juge du procès avait commis une erreur de droit en axant le critère d'admissibilité sur l'appréciation par l'appelante des conséquences de ses déclarations. Le critère d'admissibilité qu'il fallait appliquer consistait plutôt à se demander si les paroles prononcées par l'appelante procèdent d'un «état d'esprit conscient». La question à laquelle il fallait répondre était la suivante: l'appelante était-elle, malgré son état d'ébriété, suffisamment consciente pour donner une valeur probante à ses paroles? Il a conclu par l'affirmative.

Ryan J.A., in his dissenting opinion, disagreed. He stated that the test of admissibility enunciated by Stevenson J. at trial was the correct one and that the inquiry had to go beyond the appellant's comprehension of her own words and extend to her understanding of the consequences of making the statements to the police. Accordingly, he concluded that the decision of the trial judge to exclude the confession was premised on an application of the proper legal test to the facts of the case. He would have dismissed the appeal against acquittal.

3. Admissibility of the Intoxicated Confession

The debate over the test of admissibility of (for want of a better phrase) an intoxicated confession may be succinctly stated as being between a standard in which an accused must be capable of comprehending what he or she is saying and a standard in which an accused must comprehend the consequences of saying it. Although, as Angers J.A. points out in his majority judgment, a survey of the relevant case law tends to point in the direction of the former test, the jurisprudence on the issue provides no clear answer. The pattern revealed in the cases dealing with the admissibility of the confessions of intoxicated or otherwise incapacitated persons is one of conflicting decisions with the "consequences" test being alternately rejected and adopted by the highest authorities.

The seminal case is *McKenna v. The Queen*, [1961] S.C.R. 660, in which Kerwin C.J. stated that such statements are admissible unless "the words used by an accused did not, because of his condition, amount to his statement" (p. 663). This was elaborated upon by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121, in which the admissibility of the confession of an insane person was considered. Bull J.A. indicated that the rule allowing for the admissibility of all voluntary confessions must be qualified to the extent that (p. 124):

Le juge Ryan s'est dit en désaccord avec cela dans ses motifs de dissidence. Il a affirmé que le critère d'admissibilité énoncé par le juge Stevenson au procès est le bon et qu'il faut se demander non seulement si l'appelante comprenait les mots qu'elle prononçait, mais aussi si elle comprenait les conséquences de ses déclarations à la police. En conséquence, il a conclu que la décision du juge du procès d'exclure la confession se fondait sur l'application du bon critère juridique aux faits de l'espèce. Il aurait rejeté l'appel formé contre l'acquittement.

3. Admissibilité de la confession faite en état d'ébriété

On peut résumer le débat portant sur le critère d'admissibilité d'une confession faite en état d'ébriété comme le choix entre le critère en vertu duquel l'accusé doit pouvoir comprendre ce qu'il dit et celui en vertu duquel l'accusé doit comprendre les conséquences de ses paroles. Bien que, ainsi que le juge Angers le souligne dans les motifs qu'il a rédigés pour la majorité, une analyse de la jurisprudence applicable tende à montrer que celle-ci penche en faveur du premier critère, cette jurisprudence sur la question ne fournit pas de réponse claire sur ce point. L'image que laisse la jurisprudence relative à l'admissibilité des confessions faites par des personnes dont les facultés sont affaiblies par l'effet de l'alcool ou d'une autre substance est celle de décisions contradictoires où le critère des «conséquences» est tour à tour accepté puis rejeté par les plus hautes instances judiciaires.

Le premier arrêt de principe est *McKenna v. The Queen*, [1961] R.C.S. 660, dans lequel le juge en chef Kerwin a affirmé que ces déclarations sont admissibles à moins que [TRADUCTION] «des mots utilisés par l'accusé ne représentent pas, à cause de son état, sa déclaration» (à la p. 663). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commenté cette affirmation dans l'arrêt *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121, dans lequel on étudiait l'admissibilité de la confession d'une personne atteinte d'aliénation mentale. Le juge Bull a indiqué qu'il faut restreindre la portée de la règle qui reconnaît l'admissibilité de toutes les confessions volontaires dans la mesure suivante (à la p. 124):

... if such incapacity is shown that the accused, for example, is so devoid of rationality and understanding, or so replete with psychotic delusions, that his uttered words could not fairly be said to be his statement at all, then it should not be held admissible.

This approach was adopted by Spence J. in *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30. He stated that the statement must represent "the utterances of an operating mind" (p. 40). It was this formulation of the test which Angers J.A. employed in finding the appellant's intoxicated statement to the police admissible in this case.

These judicial pronouncements, although addressing a different issue from that of voluntariness, disclose a concern similar to that underlying the rule in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, on the admissibility of confessions in general. Thus, one explanation for the rejection of the statement of an incapacitated person is that, like the statement of a person acting involuntarily or under some compulsion, it would be so unreliable as to be unsafe to admit it: *Cross on Evidence* (5th ed., 1979), at p. 545. Indeed, the identity of the concerns underlying the general *Ibrahim* rule with those underlying the rule for intoxicated confessions has been recognized in express terms by the Supreme Court of New Zealand in *R. v. Williams*, [1959] N.Z.L.R. 502. In that case, Hardie Boys J. quoted with approval (p. 505) the following passage from the earlier judgment of Finlay J. in *R. v. Phillips*, [1949] N.Z.L.R. 316 (C.A.), at p. 356:

In broad terms, any circumstance which robs a confession of the quality described by the word "voluntary" will render the confession inadmissible. It may be deprived of that quality by a variety of circumstances. Those circumstances may well cover the whole field of motivation, and are not limited to threats or promises. They may comprehend a defect in consciousness or comprehension.

The test emerging from this line of reasoning focuses therefore on whether the accused was coherent enough to understand his or her own

[TRADUCTION] ... si cette incapacité révèle que, par exemple, l'accusé manque tellement de rationalité et de compréhension ou a tellement d'hallucinations psychotiques qu'on ne peut vraiment dire que les mots qu'il prononce sont, en quelque sorte, sa déclaration, alors il faut la tenir pour inadmissible.

Ce point de vue a été adopté par le juge Spence dans l'arrêt *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30. Il a affirmé que la déclaration doit refléter «les propos d'un esprit totalement conscient» (à la p. 40). C'est cette formulation du critère que le juge Angers a utilisée pour conclure à l'admissibilité de la déclaration faite à la police par l'appelante alors qu'elle était en état d'ébriété.

Bien qu'ils visent une autre question que celle du caractère volontaire des déclarations, ces arrêts révèlent le même souci que celui qui sous-tend la règle énoncée dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, sur l'admissibilité des confessions en général. Donc l'une des explications du rejet de la déclaration d'une personne qui ne jouit pas de toutes ses facultés est que, tout comme dans le cas de la déclaration d'une personne qui agit de façon involontaire ou sous l'influence d'une contrainte quelconque, elle est si peu fiable qu'il serait dangereux de l'admettre en preuve: *Cross on Evidence* (5th ed., 1979), à la p. 545. Dans l'arrêt *R. v. Williams*, [1959] N.Z.L.R. 502, la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande reconnaît expressément la similitude des préoccupations qui sous-tendent la règle générale de l'arrêt *Ibrahim* et de celles qui sous-tendent la règle applicable aux confessions faites en état d'ébriété. Dans cet arrêt, le juge Hardie Boys cite et approuve (à la p. 505) le passage suivant tiré des motifs du juge Finlay dans l'arrêt *R. v. Phillips*, [1949] N.Z.L.R. 316 (C.A.), à la p. 356:

[TRADUCTION] En général, toute circonstance qui dépouille une confession de la qualité décrite par le mot «volontaire» a pour effet de la rendre inadmissible. Elle peut perdre cette qualité dans diverses circonstances. Ces circonstances peuvent bien englober tout le domaine de la motivation et ne pas se limiter aux menaces ou aux promesses. Elles peuvent comprendre un manque de conscience ou de compréhension...

Le critère qui ressort de cette forme de raisonnement est donc axé sur la question de savoir si l'accusé était suffisamment cohérent pour com-

words, but does not go beyond this since the question of comprehension is the only one that goes to the probative value of the confession. Any further consideration of the accused's state of mind at the time of the confession, such as an assessment as to whether or not he or she appreciated the consequences of making the statement, is not directed to the reliability of the statement as evidence probative of the truth. Indeed, one might say that the likelihood of truthfulness is increased where the accused is unaware that the statement will ultimately be utilized by the Crown at his or her trial.

This approach to the problem may be readily contrasted with the reasoning of Beetz J. in *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376. In that case the issue was the admissibility of a confession made by the accused while under hypnosis. Beetz J. stated at p. 425:

Horvath was in control of his faculties when Sergeant Proke cautioned him at the beginning of the interview but, under hypnosis, he ceased to be in a state of full consciousness and awareness. His awareness of what was at stake in making any statement is very much a matter of doubt.

There was little doubt in this case that the accused was capable of comprehending what he was saying under the influence of what was described as "light hypnosis" so that the broad New Zealand test of a "defect in consciousness or comprehension" did not apply. Indeed, the probative value of the statements may be viewed as having been enhanced by the fact that hypnosis made it unlikely that the accused could consciously lie. Accordingly, the concern expressed by Beetz J. in determining that the evidence was inadmissible was not that the accused did not understand his own statement but rather that he did not understand "what was at stake" in making the statement. This focus reveals a concern not so much for the probative value of the statement as for adjudicative fairness in the criminal process and for control of police conduct in interrogating accused persons.

The judicial debate over the proper test of admissibility reflects conflicting concerns preva-

prendre ses propres paroles, mais il ne va plus loin parce que la question de la compréhension est la seule qui influe sur la valeur probante de la confession. Toute autre considération de l'état d'esprit de l'accusé au moment de la confession, comme la question de savoir s'il a apprécié les conséquences de sa déclaration, n'a rien à voir avec la fiabilité de la déclaration comme preuve de la vérité. On pourrait même dire que la probabilité de véracité augmente lorsque l'accusé n'est pas conscient qu'en fin de compte la poursuite utilisera sa déclaration à son procès.

On peut comparer cette façon d'aborder le problème avec le raisonnement du juge Beetz dans l'arrêt *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376. Dans cet arrêt, il était question de la recevabilité d'une confession faite par l'accusé alors qu'il était sous hypnose. Le juge Beetz dit à la p. 425:

Horvath se dominait lorsque le sergent Proke l'a mis en garde au début de l'entretien, mais, sous hypnose, il n'était plus totalement conscient. On peut douter qu'il ait eu conscience de ce qu'impliquait une déclaration.

Il y avait peu de doute, dans cette affaire, que l'accusé était en mesure de comprendre ce qu'il disait sous l'influence de ce qu'on a décrit comme une «hypnose légère», de sorte que le critère général, énoncé en Nouvelle-Zélande, d'un «manque de conscience ou de compréhension» ne s'appliquait pas. En réalité, on peut considérer que la valeur probante des déclarations a été renforcée par le fait qu'il était improbable, en raison de l'hypnose, que l'accusé puisse mentir consciemment. En conséquence, l'inquiétude que le juge Beetz a exprimée en concluant que la preuve était inadmissible était non pas que l'accusé n'ait pas compris sa propre déclaration, mais plutôt qu'il n'ait pas compris «ce qui était en jeu» en la faisant. Cette insistance révèle un intérêt moins pour la valeur probante de la déclaration, que pour l'équité dans le processus décisionnel en matière criminelle et le contrôle des actes de la police au cours de l'interrogatoire d'accusés.

Le débat judiciaire portant sur le critère d'admissibilité qui doit être appliqué reflète les préoccupations

lent elsewhere in the law of evidence. For example, the pre-*Charter* case law dealing with improperly or illegally obtained evidence discloses an inherent tension between the concern for probative evidence and the concern for adjudicative fairness as between the Crown and its agents and an accused person. The traditional common law approach tends to respond to the former concern so that "evidence is admissible so long as the fact so wrongly discovered is a fact—apart from the manner in which it was discovered—admissible against the party": *R. v. Doyle* (1887), 12 O.R. 347, at p. 353. On the other hand, Laskin J. (as he then was) pointed out in *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574, that the common law acknowledges a discretionary power on the part of trial judges to exclude evidence obtained in a way that violates a principle of adjudicative fairness or fair treatment of the accused at the hands of the police, notwithstanding the otherwise reliable nature of such evidence. Whether this discretion is applied so as to narrow the ambit in which an exclusionary rule can operate, as preferred by Martland J. in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, or is perceived as creating a broad discretion to exclude evidence in recognition of the fact that "[c]onvictions obtained by the aid of unlawful or unfair acts may be obtained at too high a price" (*per* Barwick C.J. in *R. v. Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321 (Aust. H.C.), at p. 335), the process is one of weighing two competing and frequently conflicting concerns. As Lord Cooper stated in the leading Scottish case of *Lawrie v. Muir*, [1950] S.C. (J.C.) 19, at p. 26:

From the standpoint of principle it seems to me that the law must strive to reconcile two highly important interests which are liable to come into conflict—(a) the interest of the citizen to be protected from illegal or irregular invasions of his liberties by the authorities, and (b) the interest of the State to secure that evidence bearing upon the commission of crime and necessary to enable justice to be done shall not be withheld from Courts of law on any merely formal or technical ground.

cupations contradictoires qui se manifestent ailleurs dans le droit de la preuve. Par exemple, la jurisprudence antérieure à la *Charte* relativement aux éléments de preuve obtenus de façon illégale ou irrégulière révèle un conflit naturel entre le souci d'avoir une preuve probante et celui d'assurer un processus décisionnel équitable entre l'accusé et la poursuite et ses agents. Le point de vue traditionnel en *common law* tend à favoriser le premier souci de sorte que [TRADUCTION] «la preuve est recevable aussi longtemps que le fait découvert par des moyens si répréhensibles est un fait qui—sans considérer la façon dont il a été découvert—est recevable contre la partie»: *R. v. Doyle* (1887), 12 O.R. 347, à la p. 353. D'autre part, le juge Laskin (alors juge puîné) souligne dans l'arrêt *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, que la *common law* reconnaît au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'exclure un élément de preuve obtenu d'une manière qui viole un principe d'équité dans le processus décisionnel ou dans le traitement que les policiers doivent réserver à l'accusé, même si par ailleurs cette preuve est fiable. Que ce pouvoir discrétionnaire s'applique de façon à restreindre le champ d'application d'une règle d'exclusion, comme le soumet le juge Martland dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, ou qu'il soit perçu comme créant un pouvoir discrétionnaire général d'écarter des éléments de preuve pour le motif que [TRADUCTION] «des déclarations de culpabilité obtenues grâce à des actes illégaux ou inéquitables peuvent l'avoir été à un prix trop élevé» (le juge en chef Barwick dans *R. v. Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321 (H.C. d'Aust.), à la p. 335), il s'agit de soupeser deux préoccupations opposées et souvent incompatibles. Comme l'affirme lord Cooper dans l'arrêt écossais de principe *Lawrie v. Muir*, [1950] S.C. (J.C.) 19, à la p. 26:

[TRADUCTION] En principe, il me semble que le droit doit chercher à concilier deux objectifs très importants qui sont susceptibles d'entrer en conflit: a) le désir du citoyen d'être protégé des atteintes illégales ou irrégulières à sa liberté par l'administration et b) celui de l'État de garantir que la preuve de la perpétration d'un crime qui est nécessaire pour que justice soit rendue ne soit pas écartée des tribunaux pour de simples motifs de forma-

Neither of these objects can be insisted upon to the uttermost.

It seems to me that if it is the concern over fair treatment of an accused which must prevail, then the test of awareness of the consequences as espoused by Beetz J. in *Horvath, supra*, must displace the more restrictive "operating mind" test as the appropriate standard against which to measure the admissibility of intoxicated confessions. The continued interrogation of an accused who, although not so incapacitated as to be incoherent and uncomprehending of her own words, incriminates herself without being aware that that is what she is doing, is incompatible with the view that the adjudicative process must arrive at the truth in a way which does not reflect an abuse by the police or the Crown of its dominant position *vis-à-vis* the individual. In order to avoid the problem of a person unwittingly inculcating herself in a criminal offence, the police must necessarily hold off their interrogation until their suspect has become sober enough to appreciate the consequences of making a statement.

On the other hand, if the paramount concern underlying the admissibility of evidence is perceived as being to probe the truth of the facts in issue without too much regard for the fairness of the adjudicative process, then the "operating mind" test adopted by Angers J.A. in the court below might be viewed as acceptable. As already indicated, the relevant case law has produced two conflicting lines of reasoning which reflect these two underlying concerns and it is difficult, if not impossible, to reconcile them. It is perhaps entirely appropriate then that the common law has left the task of balancing these two concerns to the discretion of the trial judge who has the unique advantage of hearing the entire body of evidence and who can consequently best assess both the probative value and the prejudice to the accused in the overall context of the case. The tension between the concern over the probative value of evidence and the concern over police conduct and fairness in obtaining the evidence may not, however, have to be resolved in this case as the issue may be effectively pre-empted by the second issue raised by the

lité ou de rigidité. On ne peut trop insister sur l'un et l'autre de ces objectifs.

Il me semble que si c'est le souci de traiter équitablement un accusé qui doit prévaloir, alors le critère de la connaissance des conséquences adopté par le juge Beetz dans l'arrêt *Horvath*, précité, doit écarter le critère plus restrictif de «l'état d'esprit conscient» à titre de norme en fonction de laquelle il faut juger l'admissibilité de confessions faites en état d'ébriété. Continuer d'interroger une accusée qui, tout en n'étant pas ivre au point d'être incohérente et de ne pas comprendre ce qu'elle dit, s'incrimine sans se rendre compte que c'est ce qu'elle est en train de faire, est incompatible avec le point de vue que le processus décisionnel doit aboutir à la découverte de la vérité d'une façon qui n'apparaît pas comme un abus par la police ou la poursuite de la position de force qu'elle occupe vis-à-vis de l'individu. Pour éviter qu'une personne ne s'inculpe involontairement d'une infraction criminelle, la police doit nécessairement retarder l'interrogatoire jusqu'à ce que son suspect soit redevenu suffisamment sobre pour apprécier les conséquences d'une déclaration.

D'autre part, si la préoccupation primordiale qui sous-tend l'admissibilité d'éléments de preuve est perçue comme étant de vérifier l'exactitude des faits en cause sans trop tenir compte de l'équité du processus décisionnel, alors on pourrait considérer comme acceptable le critère de «l'état d'esprit conscient» adopté par le juge Angers en Cour d'appel. Comme je l'ai déjà indiqué, la jurisprudence pertinente a engendré deux courants de pensée contradictoires qui traduisent ces deux soucis fondamentaux et il est difficile, voire impossible, de les concilier. Alors, il est peut-être tout à fait justifié que la *common law* ait laissé la tâche de faire le partage entre ces deux soucis à la discrétion du juge de première instance qui a l'avantage unique d'entendre l'ensemble de la preuve et qui peut le mieux en conséquence évaluer à la fois la valeur probante de la preuve et le préjudice qu'elle cause à l'accusé dans le contexte global de l'affaire. Cependant, il n'est peut-être pas nécessaire en l'espèce de résoudre le conflit entre le souci concernant la valeur probante de la preuve et celui concernant la conduite des policiers

appellant, namely the alleged violation of her constitutional right to counsel.

4. Waiver of the Right to Counsel

The question whether the appellant's right to counsel has been violated may well provide an acceptable alternative approach to the problem posed by the police extraction of an intoxicated confession. This right, as entrenched in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is clearly aimed at fostering the principles of adjudicative fairness. As Lamer J. indicated in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 624, "where a detainee is required to provide evidence which may be incriminating . . . s. 10(b) also imposes a duty not to call upon the detainee to provide that evidence without first informing him of his s. 10(b) rights and providing him with a reasonable opportunity and time to retain and instruct counsel". This constitutional provision is clearly unconcerned with the probative value of any evidence obtained by the police but rather, in the words of Le Dain J. in *Therens, supra*, at pp. 641-42, its aim is "to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel" where he or she is detained by the police in a situation which may give rise to a "significant legal consequence".

Given the concern for fair treatment of an accused person which underlies such constitutional civil liberties as the right to counsel in s. 10(b) of the *Charter*, it is evident that any alleged waiver of this right by an accused must be carefully considered and that the accused's awareness of the consequences of what he or she was saying is crucial. Indeed, this Court stated with respect to the waiver of statutory procedural guarantees in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, that any waiver " . . . is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safe-

et l'équité dans leur façon d'obtenir les éléments de preuve, puisque la question de l'admissibilité peut être effectivement écartée par la seconde question soulevée par l'appelante, c'est-à-dire l'allégation de violation de son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat.

4. Renonciation au droit à l'assistance d'un avocat

La question de savoir s'il y a eu violation du droit de l'appelante à l'assistance d'un avocat peut bien fournir une autre façon acceptable d'aborder le problème que pose l'extorsion par la police de la confession d'un accusé en état d'ébriété. Ce droit enchâssé à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* vise manifestement à promouvoir le principe de l'équité dans le processus décisionnel. Comme l'indique le juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 624, «lorsqu'on demande à un détenu de fournir un élément de preuve susceptible de l'incriminer . . . l'al. 10b) impose aussi l'obligation de ne pas sommer le détenu de fournir cet élément de preuve sans l'avoir préalablement informé des droits que lui garantit l'al. 10b) et lui avoir donné une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat». Cette disposition constitutionnelle ne tient manifestement pas compte de la valeur probante de la preuve obtenue par la police, mais vise plutôt, comme l'affirme le juge Le Dain aux pp. 641 et 642 de l'arrêt *Therens*, précité, «à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat» lorsqu'elle est détenue par la police dans des circonstances qui peuvent entraîner «des conséquences sérieuses sur le plan juridique».

Vu le souci de traiter équitablement une personne accusée, lequel sous-tend les libertés civiles garanties par la Constitution comme le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte*, il est évident qu'il faut examiner avec soin toute allégation de renonciation à ce droit par un accusé et que la connaissance par l'accusé des conséquences de sa déclaration est déterminante. En réalité, dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, cette Cour a dit, à l'égard de la renonciation à une garantie légale en matière de procédure, que pour qu'une renonciation soit valide, «il faut qu'il soit

guard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process" (emphasis in original).

There is also a wealth of case law in the United States to the effect that an accused may waive his constitutional right to counsel only "if he knows what he is doing and his choice is made with eyes open": *Adams v. United States*, 317 U.S. 269 (1942), at p. 279. Thus, an accused must "knowingly intelligently and with a full understanding of the implications, waive his constitutional rights to counsel": *Minor v. United States*, 375 F.2d 170 (8th Cir. 1967), at p. 179, *certiorari* denied 389 U.S. 882 (1967). Indeed, the Supreme Court of the United States has gone so far as to indicate that not only must an accused person be cognizant of the consequences of waiving the constitutional right to counsel in a general way, but he or she must be aware of the legal specificities of his or her own case such that there is a presumption against a valid waiver where the accused is not perceived at the time of the waiver to be capable of comprehending its full implications. For instance, it was stated in *Von Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1948), at p. 724:

To be valid such waiver must be made with an apprehension of the nature of the charges, the statutory offenses included within them, the range of allowable punishments thereunder, possible defenses to the charge and circumstances in mitigation thereof, and all other facts essential to a broad understanding of the whole matter.

Whether or not one goes as far as requiring an accused to be tuned in to the legal intricacies of the case before accepting as valid a waiver of the right to counsel, it is clear that the waiver of the s. 10(b) right by an intoxicated accused must pass some form of "awareness of the consequences" test. Unlike the confession itself, there is no room for an argument that the court in assessing such a waiver should only be concerned with the probative value of the evidence so as to restrict the test to the accused's mere comprehension of his or her

bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure" (souligné dans l'original).

Il y a également aux États-Unis une jurisprudence abondante portant qu'un accusé peut renoncer à son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat seulement [TRADUCTION] «s'il sait ce qu'il fait et fait ce choix en connaissance de cause»: *Adams v. United States*, 317 U.S. 269 (1942), à la p. 279. Ainsi un accusé peut [TRADUCTION] «en connaissance de cause, de façon consciente et en comprenant pleinement les conséquences de son geste, renoncer à son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat»: *Minor v. United States*, 375 F.2d 170 (8th Cir. 1967), à la p. 179, *certiorari* refusé 389 U.S. 882 (1967). La Cour suprême des États-Unis est même allée jusqu'à indiquer que non seulement l'accusé doit connaître de façon générale les conséquences de la renonciation à son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat, mais il doit être conscient des particularités juridiques de son cas, de sorte qu'il y a une présomption d'invalidité de la renonciation si l'accusé ne semblait pas, à l'époque où il a renoncé, pouvoir comprendre toutes les implications de celle-ci. Par exemple, on a dit dans l'arrêt *Von Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708 (1948), à la p. 724:

[TRADUCTION] Pour être valide cette renonciation doit être faite en connaissant la nature des inculpations, les infractions qui y sont comprises, la gamme de peines possibles pour celles-ci, les moyens de défense opposables à l'inculpation et les circonstances atténuantes possibles et tous les autres faits essentiels à une compréhension générale de toute l'affaire.

Peu importe qu'on aille ou non jusqu'à exiger que l'accusé connaisse les complexités juridiques de son cas pour pouvoir reconnaître comme valide une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat, il est clair que la renonciation au droit garanti par l'al. 10b) faite par un accusé en état d'ébriété doit satisfaire à une forme quelconque de critère de «connaissance des conséquences». À la différence de la confession elle-même, il est impossible de soutenir que la cour ne doit, en évaluant une telle renonciation, tenir compte que de la

own words. Rather, the purpose of the right, as indicated by each of the members of this Court writing in *Therens, supra*, is to ensure that the accused is treated fairly in the criminal process. While this constitutional guarantee cannot be forced upon an unwilling accused, any voluntary waiver in order to be valid and effective must be premised on a true appreciation of the consequences of giving up the right.

5. Conclusion

The trial judge found as a fact that the appellant's confession could not pass the "awareness of the consequences" test and, if such is the case, then presumably neither could the waiver of the s. 10(b) right to counsel. Accordingly, the test for a valid and effective waiver of the right was not met and the continued questioning of the appellant constituted a violation of s. 10(b) of the *Charter*. At the very minimum it was incumbent upon the police to delay their questioning and the taking of the appellant's statement until she was in a sufficiently sober state to properly exercise her right to retain and instruct counsel or to be fully aware of the consequences of waiving this right. Accordingly, regardless of the view one takes of the admissibility of the intoxicated confession *per se*, the conclusion that the appellant's confession was improperly obtained is inescapable.

Having come to the conclusion that the constitutional rights of the appellant were infringed by the police in their obtaining of her confession, it remains to be decided whether exclusion of the confession from the evidence is the appropriate remedy. Section 24(2) of the *Charter* provides:

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 circum-

valeur probante des éléments de preuve soumis de manière à limiter le critère à la simple compréhension par l'accusé de ce qu'il dit. Le but de ce droit est plutôt, comme l'ont indiqué tous les juges de cette Cour qui ont rédigé des motifs dans l'arrêt *Therens*, précité, d'assurer que l'accusé est traité équitablement dans les procédures criminelles. Bien que cette garantie constitutionnelle ne puisse être imposée à un accusé qui n'en veut pas, pour être valide et produire des effets toute renonciation volontaire doit se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit.

c 5. Conclusion

Le juge du procès a conclu que la confession de l'appelante ne pouvait satisfaire au critère de la «connaissance des conséquences» et que, le cas échéant, la renonciation au droit garanti par l'al. 10(b) à l'assistance d'un avocat ne pouvait probablement pas non plus y satisfaire. En conséquence, les conditions pour qu'une renonciation à ce droit soit valide et efficace n'ont pas été remplies et la persistance à interroger l'appelante a constitué une violation de l'al. 10(b) de la *Charte*. Il incombait à tout le moins aux policiers de retarder l'interrogatoire et la consignation de la déclaration de l'appelante jusqu'à ce qu'elle soit suffisamment sobre pour bien exercer son droit à l'assistance d'un avocat, ou encore parfaitement consciente des conséquences de la renonciation à ce droit. Donc, quel que soit le point de vue que l'on adopte quant à l'admissibilité d'une confession faite en état d'ébriété, la conclusion que la confession de l'appelante a été obtenue de façon irrégulière est inévitable.

h Ayant conclu que les policiers ont violé les droits constitutionnels de l'appelante en obtenant sa confession, il reste à décider si l'inadmissibilité en preuve de cette confession constitue le redressement approprié. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* dispose:

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

stances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

In the case at bar, the Court is confronted with a blatant violation by the police of the appellant's right under s. 10(b) of the *Charter*. The appellant's drunken assertion that there was "no point" in retaining counsel in face of a murder charge could not possibly have been taken seriously by the police as a true waiver of her constitutional right, especially when viewed in conjunction with the efforts of Mrs. Estey to convince the police to postpone their interrogation until defence counsel could be retained. This was not a situation in which the police were for some urgent reason compelled to act immediately in gathering evidence. Rather, the actions of the police in interrogating the intoxicated appellant seem clearly to have been aimed at extracting a confession which they feared they might not be able to get later when she sobered up and appreciated the need for counsel. In other words, this seems to be a clear case of deliberate exploitation by the police of the opportunity to violate the appellant's rights. In this context the words of Estey J. writing for the majority of this Court in *Therens, supra*, become highly relevant (pp. 621-22):

Here the police authority has flagrantly violated a *Charter* right without any statutory authority for so doing. Such an overt violation as occurred here must, in my view, result in the rejection of the evidence thereby obtained To do otherwise than reject this evidence on the facts and circumstances in this appeal would be to invite police officers to disregard *Charter* rights of the citizens and to do so with an assurance of impunity.

As Estey J. went on to point out, such action on the part of the police in blatantly violating the right to counsel must result in the inadmissibility of evidence thereby directly obtained, otherwise s. 10(b) would cease to have any meaningful content whatsoever. Accordingly, allowing the appellant's confession to be admitted into evidence would necessarily "bring the administration of justice

aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En l'espèce, la Cour est en présence d'une violation flagrante par la police du droit de l'appelante garanti par l'al. 10b) de la *Charte*. Les policiers ne pouvaient considérer sérieusement l'affirmation de l'appelante, en état d'ébriété, qu'il était « inutile » de retenir les services d'un avocat face à une accusation de meurtre, comme une renonciation véritable à son droit constitutionnel, compte tenu spécialement des efforts déployés par M^{me} Estey pour les convaincre de retarder leur interrogatoire jusqu'à ce que les services d'un avocat de la défense puissent être retenus. Il ne s'agit pas d'un cas où la police avait quelque motif urgent de recueillir la preuve immédiatement. L'interrogatoire de l'appelante en état d'ébriété par les policiers semble plutôt avoir eu manifestement comme but de lui extorquer une confession qu'ils craignaient ne pouvoir obtenir plus tard lorsqu'elle serait désenivrée et reconnaîtrait la nécessité de retenir les services d'un avocat. En d'autres termes, il semble que nous soyons ici en présence d'un cas où il y a nettement eu, de la part de la police, une exploitation délibérée de l'occasion d'enfreindre les droits de l'appelante. Dans ce contexte, les propos du juge Estey, dans les motifs qu'il a rédigés au nom de cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Therens*, précité, deviennent fort pertinents (aux pp. 621 et 622):

En l'espèce, les policiers ont violé de façon flagrante un droit garanti par la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire. Une violation aussi manifeste que celle qui a été commise en l'espèce doit, à mon avis, entraîner le rejet des éléments de preuve ainsi obtenus . . . Ne pas rejeter ces éléments de preuve, compte tenu des faits et des circonstances de l'espèce, reviendrait à inviter les policiers à ne pas tenir compte des droits que garantit aux citoyens la *Charte*, et à le faire en étant assuré de l'impunité.

Comme le souligne ensuite le juge Estey, l'acte que commet la police en violant d'une manière flagrante le droit à l'assistance d'un avocat doit entraîner l'inadmissibilité des éléments de preuve ainsi directement obtenus, sinon l'al. 10b) perdrait tout son sens. En conséquence, permettre que la confession de l'appelante soit admise en preuve serait nécessairement nettement susceptible de

into disrepute". Whatever the scope of the s. 24(2) test for admissibility of evidence obtained in violation of the *Charter*, the flagrant exploitation by the police of the fact that to their knowledge the appellant was in no condition to insist on her rights has to be the kind of violation that gives rise to the exclusionary remedy. The decision of the trial judge to exclude this evidence was therefore correct and the jury verdict, based as it was solely on evidence admissible at trial, must be restored.

I would accordingly allow the appeal, set aside the order of the New Brunswick Court of Appeal and restore the verdict of acquittal rendered by the jury.

The reasons of McIntyre and Chouinard JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment of my colleague, Wilson J. She has outlined the facts sufficiently and they need not be repeated. She has as well contrasted what are said to be the two tests for determining the admissibility of a statement made by an accused to persons in authority, described as the "operating mind" test and the "knowledge of consequences" test. She did not find it necessary to decide the issue thus raised but based her judgment on a *Charter* infringement.

I am in agreement with the result she has reached. I do not find it necessary to consider the *Charter* in reaching this conclusion. In my view, the two tests described above overlap. A non-operative mind would not only be unaware of its utterances but also of the consequences of those utterances. It would be for either of these reasons that those utterances would be inadmissible. Thus, if the mind operated sufficiently to make a conscious statement but could not have the knowledge of the consequences of making the statement, the evidence should as well be excluded.

«déconsidérer l'administration de la justice». Quelle que soit la portée du critère exprimé au par. 24(2) relativement à l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*, l'exploitation flagrante par les policiers du fait qu'à leur connaissance l'appelante n'était pas en état d'exiger le respect de ses droits est certainement le type de violation qui donne lieu à l'exclusion. La décision du juge du procès d'écarter cet élément de preuve était donc correcte et il y a lieu de rétablir le verdict du jury fondé sur la seule preuve recevable au procès.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et de rétablir le verdict d'acquiescement prononcé par le jury.

Version française des motifs des juges McIntyre et Chouinard rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement de ma collègue le juge Wilson. Elle y donne un exposé suffisant des faits et il n'est pas nécessaire de le reprendre. Elle a également mis en contraste ce qu'on dit être les deux critères applicables à la détermination de l'admissibilité d'une déclaration faite par un accusé à des personnes en situation d'autorité, lesquels sont décrits comme étant le critère de «l'état d'esprit conscient» et celui de «la connaissance des conséquences». Elle n'a pas estimé nécessaire de trancher la question ainsi soulevée, mais a fondé son jugement sur une violation de la *Charte*.

Je souscris au résultat auquel elle parvient. Je n'estime pas nécessaire d'examiner la *Charte* pour arriver à cette conclusion. À mon avis, les deux critères mentionnés ci-dessus se chevauchent. Un esprit non conscient ne se rendrait pas compte non seulement de ce qu'il dit, mais encore des conséquences de ce qu'il dit. Ce serait pour l'une ou l'autre de ces raisons que ses paroles seraient inadmissibles. Donc, si l'esprit fonctionnait suffisamment pour faire une déclaration consciente, mais n'était pas en mesure de connaître les conséquences de cette déclaration, il faudrait là encore exclure cette preuve.

The two tests in reality collapse into one when approached in the manner chosen by the trial judge where he said:

... was the accused so intoxicated that the words she uttered were not her statement in the sense that she did not comprehend her statement and was not capable of making a rational judgment as to whether she ought, under the circumstances, to answer questions the answers to which would ultimately be used at her trial on a charge of murder?

There is no real difference between the two tests and under either the result in this case would be the exclusion of the evidence.

The test to be applied then in determining whether a statement made to a police officer or other person in authority by an accused person may be rendered inadmissible because of intoxication of the accused involves two questions:

1. Was the accused aware of what she was saying?

and

2. Was she aware of the consequences of making the statement on the particular occasion in question?

To be aware of the consequences in this context simply means to be capable of understanding that her statement could be used in evidence in proceedings to be taken against her. There is no novelty in this approach. It is consistent with the familiar and customary warning derived from the English judges' rules which was to the effect that "you may remain silent but anything you say will be taken down in writing and may be given in evidence". This warning was designed to insure knowledge of the consequences of the statement, that is, its possible use in proceedings against the accused. It must be observed that common sense would dictate that a very high degree of intoxication would be required to render such a statement inadmissible.

The trial judge found that, because of drunkenness, the appellant lacked the knowledge of the consequence of making the statement and he excluded the statement. I would not disturb this finding, and would accordingly allow the appeal.

En réalité, les deux critères se ramènent à un seul lorsqu'on les considère comme le juge du procès l'a fait en se demandant:

[TRADUCTION] ... l'accusée était-elle ivre au point que les mots qu'elle prononçait ne constituaient pas sa déclaration, en ce sens qu'elle ne comprenait pas sa déclaration et n'était pas capable de se former une opinion rationnelle quant à savoir si elle devait dans les circonstances répondre aux questions, réponses qui en fin de compte seraient utilisées à son procès relativement à une accusation de meurtre?

Il n'y a pas vraiment de différence entre les deux critères et l'application de l'un ou l'autre en l'espèce entraînerait l'exclusion de la preuve.

Le critère à appliquer pour décider si une déclaration qu'un accusé a faite à un agent de police ou à une autre personne en situation d'autorité peut être inadmissible à cause de l'état d'ébriété de l'accusé comporte deux questions:

1. la personne accusée était-elle consciente de ce qu'elle disait?

et

2. était-elle consciente des conséquences de sa déclaration dans les circonstances particulières en question?

Être consciente des conséquences dans le présent contexte signifie simplement être capable de comprendre que sa déclaration pouvait servir de preuve dans des procédures intentées contre elle. Il n'y a rien de nouveau dans cette façon d'aborder la question. Elle est conforme à la mise en garde ordinaire bien connue tirée du droit prétorien anglais, laquelle est ainsi formulée: «vous pouvez garder le silence, mais tout ce que vous direz sera pris par écrit et pourra servir de preuve». Cette mise en garde visait à assurer la connaissance des conséquences de la déclaration, c.-à-d. son utilisation possible dans des procédures intentées contre l'accusé. Il y a lieu de souligner que le bon sens indique qu'il faudrait un état d'ébriété très avancé pour qu'une telle déclaration soit inadmissible.

Le juge du procès a conclu qu'en raison de son état d'ébriété l'appelante ne connaissait pas les conséquences de sa déclaration et il a exclu cette déclaration. Je suis d'avis de ne pas modifier cette conclusion et, en conséquence, d'accueillir le pourvoi.

I would leave open any question raised as to the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to this case. I would allow the appeal and dispose of the issue as does my colleague, Wilson J.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: C. David Hughes, Fredericton.

Solicitor for the respondent: Glendon J. Abbott, Fredericton.

Je suis d'avis de ne répondre à aucune des questions soulevées quant à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* en l'espèce. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de statuer sur la question en litige comme l'a fait ma collègue le juge Wilson.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: C. David Hughes, Fredericton.

Procureur de l'intimée: Glendon J. Abbott, Fredericton.

Réjean Gendron *Appellant*;

and

Municipalité de la Baie-James *Respondent*;

and

Judge Claude St-Arnaud in his capacity as a judge of the Labour Court *Mis en cause*;

and

Labour Court and the Syndicat des gardiens de sécurité de la municipalité de la Baie-James *Mis en cause*.

File No.: 18971.

1985: December 11, 12; 1986: April 24.

Present: Beetz, Chouinard, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Extent of Labour Court's power of remedy — Complaint by employee against his association for failing its duty of representation in filing his grievance to arbitration — Court's order referring to arbitration employee's claim already arbitrated — Remedy not authorized by s. 47.5 of Labour Code — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 47.5.

Administrative law — Labour Court — Jurisdiction — Complaint by employee against his association for failing its duty of representation in filing his grievance to arbitration — Court's order referring to arbitration employee's claim already arbitrated — Remedy not authorized by s. 47.5 of Labour Code — Excess of jurisdiction — Writ of evocation — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 47.5.

Appellant was dismissed by respondent and his dismissal grievance filed by his association was refused. Appellant alleged that his association had failed in its duty of representation and, in accordance with ss. 47.2 to 47.6 of the *Labour Code*, asked the Labour Court to authorize him to submit his claim to an arbitrator appointed by the Minister. This request was granted. Respondent then applied to the Superior Court for a writ of evocation against this decision, on the ground that the Labour Court had exceeded the jurisdiction

Réjean Gendron *Appellant*;

et

Municipalité de la Baie-James *Intimée*;

^a et

Monsieur le juge Claude St-Arnaud, en sa qualité de juge du Tribunal du travail

^b *Mis en cause*;

et

Tribunal du travail et le Syndicat des gardiens de sécurité de la municipalité de la Baie-James *Mis en cause*.

N° du greffe: 18971.

1985: 11, 12 décembre; 1986: 24 avril.

^d Présents: Les juges Beetz, Chouinard, Lamer, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Étendue du pouvoir de redressement du Tribunal du travail — Plainte d'un salarié contre son association pour manquement à son devoir de représentation dans la présentation de son grief à l'arbitrage — Ordonnance du Tribunal déférant à l'arbitrage la réclamation du salarié déjà arbitrée — Redressement non autorisé par l'art. 47.5 du Code du travail — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 47.5.

Droit administratif — Tribunal du travail — Compétence — Plainte d'un salarié contre son association pour manquement à son devoir de représentation dans la présentation de son grief à l'arbitrage — Ordonnance du Tribunal déférant à l'arbitrage la réclamation du salarié déjà arbitrée — Redressement non autorisé par l'art. 47.5 du Code du travail — Excès de compétence — Bref d'évocation — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 47.5.

L'appelant a été congédié par l'intimée et son grief de renvoi présenté par son association a été rejeté. L'appelant s'est plaint que son association avait manqué à son devoir de représentation et, conformément aux art. 47.2 à 47.6 du *Code du travail*, a demandé au Tribunal du travail de l'autoriser à soumettre sa réclamation à un arbitre nommé par le Ministre. Cette demande a été accueillie. L'intimée s'est alors adressée à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre de cette décision au motif que le Tribunal du

conferred on it by s. 47.5 of the Code by referring to arbitration a claim which had already been arbitrated. The Superior Court dismissed the application, but a majority of the Court of Appeal reversed the judgment. The question in this appeal is whether an employee whose grievance has already been dismissed by an arbitration tribunal can obtain from the Labour Court, pursuant to s. 47.5 of the Code, authorization to submit his claim to another arbitrator.

Held: The appeal should be dismissed.

The Labour Court does not have the power under s. 47.5 of the Code to refer a case to an arbitrator when it has already been arbitrated and the grievance disposed of. That section applies when there has been no arbitration because the association representing the employee refused to take the grievance that far. This interpretation of s. 47.5 reconciles ss. 47.2 to 47.6 with each other and with the other provisions in the Code, in particular s. 101 which provides that an arbitration award is final and without appeal. Recognizing that a second arbitration can be ordered under s. 47.5 would be in direct conflict with s. 101.

Cases Cited

Asselin v. Travailleurs amalgamés du vêtement et du textile, local 1838, [1985] T.T. 74; *Hines v. Anchor Motor Freight*, 424 U.S. 554 (1976); *Milhomme v. Aubé*, [1984] C.A. 1; *Lucio Samperi* (1982), 49 di 40; *John Semeniuk* (1981), 45 di 258; *Craib v. Canadian Pacific Ltd.* (1984), 85 CLLC

16,006; *Langlois v. Telecommunications Workers Union*, C.L.R.B., No. 745-2030, May 21, 1985; *Teamsters Union Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 47.2, 47.3, 47.4, 47.5, 47.6, 100, 101.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1984] C.A. 321 (*sub nom. Municipalité de la Baie James v. St-Arnaud*), which reversed a judgment of the Superior Court, [1981] C.S. 394, refusing to issue a writ of evocation. Appeal dismissed.

Ghislain Laroche, for the appellant.

travail avait excédé la compétence que lui attribue l'art. 47.5 du Code en déférant à l'arbitrage une réclamation déjà arbitrée. La Cour supérieure a rejeté la requête mais la Cour d'appel, par un jugement majoritaire, a infirmé le jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer si un salarié, dont le grief a déjà été rejeté par un tribunal d'arbitrage, peut obtenir du Tribunal du travail, en vertu de l'art. 47.5 du Code, l'autorisation de soumettre sa réclamation à un nouvel arbitre.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le Tribunal du travail n'a pas le pouvoir en vertu de l'art. 47.5 du Code de déférer une affaire à un arbitre quand un arbitrage a déjà eu lieu et que le grief a été tranché. Cet article s'applique lorsqu'il n'y a pas eu d'arbitrage parce que l'association représentant le salarié a refusé de pousser le grief à cette étape. Cette interprétation de l'art. 47.5 concilie les art. 47.2 à 47.6 les uns avec les autres de même qu'avec les autres dispositions du Code, en particulier l'art. 101 qui consacre le caractère final et sans appel d'une sentence arbitrale. Admettre qu'aux termes de l'art. 47.5 un second arbitrage puisse être ordonné irait directement à l'encontre de l'art. 101.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Asselin c. Travailleurs amalgamés du vêtement et du textile, local 1838*, [1985] T.T. 74; *Hines v. Anchor Motor Freight*, 424 U.S. 554 (1976); *Milhomme c. Aubé*, [1984] C.A. 1; *Lucio Samperi* (1982), 49 di 40; *John Semeniuk* (1981), 45 di 258; *Craib v. Canadian Pacific Ltd.* (1984), 85 CLLC

16,006; *Langlois v. Telecommunications Workers Union*, C.C.R.T., n° 745-2030, 21 mai 1985; *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Gilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509.

Lois et règlements cités

Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 47.2, 47.3, 47.4, 47.5, 47.6, 100, 101.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 321 (*sub nom. Municipalité de la Baie James c. St-Arnaud*), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1981] C.S. 394, qui avait refusé la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi rejeté.

Ghislain Laroche, pour l'appellant.

Roy L. Heenan, for the respondent.

Benoit Belleau and André Rochon, for the mis en cause the Labour Court.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—At issue in this appeal is the extent of the Quebec Labour Court's power of remedy in the case of a complaint by an employee who alleges that the union failed in its duty of representation.

In 1977 the Quebec legislator imposed on every certified association a duty to treat equally all employees included in the bargaining unit it represented. Until then this duty had only been recognized by judicial decisions: see *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509.

Section 47.2 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, came into effect on February 1, 1978: (1978) 110 G.O. II 491. That section provides:

47.2. A certified association shall not act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or show serious negligence in respect of employees comprised in a bargaining unit represented by it, whether or not they are members.

At the same time a specific remedy was introduced, defined in ss. 47.3 to 47.6:

47.3. If an employee who has been the subject of dismissal or a disciplinary sanction believes that the certified association is, in that respect, violating section 47.2, he shall, if he wishes to invoke this section, submit a written complaint to the Minister within six months. The Minister shall appoint an investigator who shall endeavour to settle the dispute to the satisfaction of the interested parties and of the certified association.

47.4. If no settlement has been reached within fifteen days of the appointment of the investigator or if the association does not carry out the agreement, the employee shall, if he wishes to invoke section 47.2, apply to the Court within the fifteen ensuing days to request that his claim be referred to arbitration.

47.5. If the Court considers that the association has violated section 47.2, it may authorize the employee to submit his claim to an arbitrator appointed by the Minister for decision in the manner provided for in the

Roy L. Heenan, pour l'intimée.

Benoit Belleau et André Rochon, pour le mis en cause le Tribunal du travail.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Est en cause dans ce pourvoi l'étendue du pouvoir de redressement que possède le Tribunal du travail du Québec dans le cas d'une plainte d'un salarié qui invoque un manquement par le syndicat à son devoir de représentation.

C'est en 1977 que le législateur québécois a imposé à toute association accréditée le devoir de traiter également tous les salariés compris dans l'unité de négociation qu'elle représente. Jusqu'alors ce devoir n'était reconnu que par la jurisprudence. Voir *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509.

L'article 47.2 du *Code du travail*, L.R.Q., chap. C-27, est entré en vigueur le 1^{er} février 1978, (1978) 110 G.O. II 491. Cet article dispose:

47.2. Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non.

À la même occasion était introduit un recours particulier défini aux art. 47.3 à 47.6:

47.3. Si un salarié qui a subi un renvoi ou une sanction disciplinaire croit que l'association accréditée viole à cette occasion l'article 47.2, il doit, s'il veut se prévaloir de cet article, porter plainte par écrit au ministre dans les six mois. Le ministre nomme un enquêteur qui tente de régler la plainte à la satisfaction de l'intéressé et de l'association accréditée.

47.4. Si aucun règlement n'intervient dans les quinze jours de la nomination de l'enquêteur ou si l'association ne donne pas suite à l'entente, le salarié doit, s'il veut se prévaloir de l'article 47.2, faire une requête au tribunal dans les quinze jours suivants et demander à ce dernier d'ordonner que sa réclamation soit déférée à l'arbitrage.

47.5. Si le tribunal estime que l'association a violé l'article 47.2, il peut autoriser le salarié à soumettre sa réclamation à un arbitre nommé par le ministre pour décision selon la convention collective comme s'il s'agis-

collective agreement, as in the case of a grievance. Sections 100 to 101.10 apply *mutatis mutandis*. The association shall pay the employee's costs.

The Court may, in addition, make any other order it considers necessary in the circumstances.

47.6. If a claim is referred to an arbitrator pursuant to section 47.5, the employer shall not allege the association's non-observance of the procedure and delays provided for in the collection [*sic*] agreement for the settlement of grievances.

Appellant entered respondent's service on June 14, 1978 as a security officer.

As the result of a labour dispute, respondent imposed a lockout beginning at 12:01 a.m. on July 29, 1978.

The dispute ended and work resumed on December 23, 1978.

Appellant was dismissed on January 5, 1979.

At appellant's request the association filed a dismissal grievance which it took to arbitration.

The arbitration took place on June 26, 1979, but the union representative did not notify appellant and the latter was not present.

Before the arbitrator, respondent objected that appellant had only worked for fifty-nine days, had thus not completed the sixty-day probation period and his grievance was therefore inadmissible.

Respondent and the union representative made an admission of facts which the arbitrator summarized as follows:

[TRANSLATION] It is admitted by the parties that:

- the first date Mr. Réjean Gendron started work was June 14, 1978;
- the date on which continuous service ceased, for calculation purposes only, was 28/7/78;
- resumption of work and operations: 23/12/78;
- the date Réjean Gendron was dismissed: 5/1/79.

It follows from this admission that appellant in fact worked for only fifty-nine days.

The union representative responded that the lockout days should be added to the days of continuous service in order to calculate seniority, and

sait d'un grief. Les articles 100 à 101.10 s'appliquent, *mutatis mutandis*. L'association paie les frais encourus par le salarié.

a Le tribunal peut, en outre, rendre toute autre ordonnance qu'il juge nécessaire dans les circonstances.

47.6. Si une réclamation est déférée à un arbitre en vertu de l'article 47.5, l'employeur ne peut opposer l'inobservation par l'association de la procédure et des délais prévus à la convention collective pour le règlement des griefs.

L'appelant entra au service de l'intimée le 14 juin 1978, à titre d'agent de sécurité.

c En raison d'un conflit de travail l'intimée imposa un lock-out à compter de 00 h 01 le 29 juillet 1978.

d Le conflit prit fin et les activités reprirent le 23 décembre 1978.

L'appelant fut congédié le 5 janvier 1979.

À la demande de l'appelant l'association déposa un grief de renvoi qu'elle mena jusqu'à l'arbitrage.

e L'arbitrage eut lieu le 26 juin 1979 hors la présence de l'appelant que le représentant syndical n'avait pas avisé.

f Devant l'arbitre l'intimée objecta que l'appelant n'avait travaillé que 59 jours, qu'il n'avait donc pas complété la période de probation de 60 jours et qu'en conséquence son grief n'était pas recevable.

g L'intimée et le représentant syndical firent une admission de faits que l'arbitre consigna de la façon suivante:

Il est admis par les parties que:

- La première date d'entrée de M. Réjean Gendron se situe au 14 juin 1978;
- Date de cessation du service continu quant au calcul seulement 28/07/78;
- Reprise du travail et des opérations: 23/12/78;
- Date de remerciement de ses services, cas Réjean Gendron: 05/01/79;

h Il découla de cette admission qu'en effet l'appelant n'avait travaillé que 59 jours.

i Le représentant syndical rétorqua que les jours de lock-out devaient être ajoutés aux jours de service continu pour les fins du calcul de l'ancien-

that therefore appellant had completed his probation period.

The arbitrator did not accept this argument, and on the ground that appellant had not completed the required probation period and had no right to initiate a grievance proceeding, he allowed the respondent's objection and dismissed the grievance.

Appellant, who was not happy with the association's actions, filed a complaint with the Minister of Labour pursuant to s. 47.3. He submitted that there had been serious negligence by the association within the meaning of s. 47.2.

An investigator was appointed but as no settlement was reached within the required time, appellant filed an application with the Labour Court pursuant to s. 47.4. He asked the Court to authorize him to submit his claim to an arbitrator appointed by the Minister.

In his application to the Labour Court appellant made the following allegations against the association, *inter alia*:

[TRANSLATION]

- (a) It made no effort to inform applicant of the date on which the grievance was to be heard by the arbitrator, so that the said applicant was not present at the hearing and had no opportunity to correct certain facts;
- (b) the admissions made when the grievance was submitted were made without the knowledge or approval of applicant;
- (c) from January 1979, the time when the [association's] services were requested in connection with the grievance proceeding, until August 2, 1979, the date on which the arbitrator's decision was given to applicant, the latter had almost no information about what was happening in connection with his grievance, despite his frequent requests to representatives of the association;
- (d) incidentally, applicant learned on or about August 2, 1979 that his grievance had been submitted to the arbitrator the preceding June 26;
- (e) the [association] demonstrated incredible carelessness and lack of concern in the circumstances, by admitting facts on the basis of information not checked with the principal party concerned;

neté et que par conséquent l'appelant avait complété sa période de probation.

L'arbitre ne retint pas cette prétention et, au motif que l'appelant n'avait pas complété la période de probation requise et qu'il n'avait pas droit à la procédure de grief, il maintint l'objection de l'intimée et rejeta le grief.

Mécontent du comportement de l'association, l'appelant porta plainte au ministre du Travail conformément à l'art. 47.3. Il soumit que l'association avait fait preuve de négligence grave au sens de l'art. 47.2.

Un enquêteur fut désigné mais aucun règlement n'étant intervenu dans le délai prescrit, l'appelant fit une requête au Tribunal du travail conformément à l'art. 47.4. Il demanda au Tribunal de l'autoriser à soumettre sa réclamation à un arbitre nommé par le Ministre.

Dans sa requête au Tribunal du travail l'appelant reprocha notamment à l'association ce qui suit:

- a) Elle n'a aucunement avisé le requérant de la date à laquelle le grief devait être entendu par l'arbitre de sorte que ledit requérant n'était pas présent lors de l'audition à laquelle il eut été en mesure de rectifier certains faits;
- b) Les admissions faites lors de la présentation du grief l'ont été à l'insu et sans l'autorisation du requérant;
- c) Du mois de janvier 1979, époque à laquelle les services de [l'association] furent requis pour les fins de la procédure de grief jusqu'au 2 août 1979, date à laquelle la décision de l'arbitre fut communiquée au requérant, celui-ci fut dans l'ignorance presque totale de ce qui se passait au sujet de son grief et ce, en dépit de ses nombreuses et fréquentes démarches auprès des représentants de l'association;
- d) Incidemment, le requérant apprit le ou vers le 2 août 1979 que son grief avait été présenté à l'arbitre le 26 juin précédent;
- e) L'[association] a été d'une incurie et d'une insouciance inconcevable, en l'espèce, en admettant des faits sur la foi d'informations non vérifiées auprès du principal intéressé;

Appellant alleged that even though the lockout officially began on July 29, 1978, he had in fact worked on that day and so completed the sixty-day probation period.

The Labour Court found that the actions of the association's representative amounted to serious negligence within the meaning of s. 47.2 and it authorized appellant to submit his claim to arbitration.

Respondent then applied to the Superior Court, by a motion in evocation, and asked that the Labour Court's decision be set aside essentially because the Court had exceeded the jurisdiction conferred on it by s. 47.5 by referring to arbitration a claim which had already been arbitrated.

It should be said at once that in its motion in evocation respondent was now admitting that appellant had worked on July 29, but it alleged that he had only resumed work on December 25, not December 23. He worked fifty-eight days in all, therefore, rather than fifty-nine. Accordingly, it said, the union representative's admission was favourable rather than prejudicial to appellant; and counsel for the respondent added that at this stage the facts alleged in the motion in evocation must be taken as proven.

I do not see how this can affect the question of whether the Labour Court exceeded its jurisdiction by ruling on the facts which were before it and which were before the arbitrator, facts which in addition were admitted. If respondent has new facts on which it wishes to rely, in my view a motion in evocation is not the proper procedure.

The Superior Court, [1981] C.S. 394, held that the Labour Court had not exceeded its jurisdiction and dismissed the motion.

By a majority judgment the Court of Appeal, [1984] C.A. 321, reversed this judgment and authorized a writ of evocation to be issued.

The case at bar is one covered by s. 47.3, namely a dismissal, and in accordance with that section appellant chose to invoke s. 47.2. He filed a complaint with the Minister within six months. An investigator was appointed, but he was not able to

L'appelant alléguait que même si le lock-out avait officiellement débuté le 29 juillet 1978, il avait effectivement travaillé ce jour-là et qu'il avait donc complété la période de probation de 60 jours.

^a Le Tribunal du travail conclut que le comportement du représentant de l'association équivalait à de la négligence grave au sens de l'art. 47.2 et il autorisa l'appelant à soumettre sa réclamation à ^b l'arbitrage.

L'intimée s'adressa alors à la Cour supérieure, par requête en évocation et demanda l'annulation de la décision du Tribunal du travail essentiellement parce que celui-ci avait excédé la compétence que lui attribue l'art. 47.5 en déférant à l'arbitrage une réclamation déjà arbitrée.

Il convient d'observer dès à présent que dans sa requête en évocation l'intimée reconnaît maintenant que l'appelant a travaillé le 29 juillet, mais elle allègue qu'il n'a repris le travail que le 25 décembre et non pas le 23. Il n'aurait donc travaillé en tout que 58 jours au lieu de 59. Par ^e conséquent, dit-elle, l'admission du représentant syndical a été favorable plutôt que préjudiciable à l'appelant. Et, d'ajouter le procureur de l'intimée, à ce stade les faits allégués à la requête en évocation doivent être tenus pour avérés.

^f Je ne vois pas en quoi cette circonstance peut affecter la question de savoir si le Tribunal du travail a excédé sa compétence en se prononçant sur les faits dont il était saisi et dont était saisi ^g l'arbitre, faits admis de surcroît. Si l'intimée a des faits nouveaux sur lesquels elle désire s'appuyer, à mon avis la requête en évocation n'est pas le moyen approprié.

^h La Cour supérieure, [1981] C.S. 394, fut d'avis que le Tribunal du travail n'avait pas excédé sa compétence et rejeta la requête.

Par un arrêt majoritaire la Cour d'appel, [1984] ⁱ C.A. 321, infirma ce jugement et autorisa l'émission d'un bref d'évocation.

Il s'agit en l'espèce d'un cas visé à l'art. 47.3, soit un renvoi, et l'appelant a, conformément à cet article, choisi de se prévaloir de l'art. 47.2. Il a porté plainte au Ministre dans les six mois. Un ^j enquêteur a été nommé qui n'a pas réussi à régler

resolve the complaint within fifteen days. This is why appellant filed an application with the Labour Court.

The question therefore is whether appellant, whose grievance had already been dismissed by an arbitration tribunal, could seek and obtain from the Labour Court, pursuant to s. 47.5, authorization to "submit his claim to an arbitrator appointed by the Minister for decision in the manner provided for in the collective agreement, as in the case of a grievance".

If so, the Labour Court did not exceed its jurisdiction. However, it cannot err in this regard, as its very jurisdiction is involved. If it errs, it is assuming a power it does not possess. This is the rule developed by this Court in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412. At page 440, it reads:

... the provisions which the Board had to interpret in the case at bar confer jurisdiction, since they concern the orders which the Board is empowered to attach to a declaration of an unlawful strike. The question is whether the Board has the power to attach to such a declaration an order referring a matter to arbitration. I consider, therefore, that it is not doubtful but manifest that the interpretation of these provisions raises a question of jurisdiction about which the Board cannot err without committing an excess of jurisdiction.

In my view the Labour Court did not have the power to refer a case to arbitration in such a situation, when it had already been arbitrated and the grievance disposed of.

It is manifest that s. 47.5 applies when there has been no arbitration because the association refused to take the grievance that far.

It is a power similar to that which this Court recognized is enjoyed by the Canada Labour Relations Board, in *Teamsters Union Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710.

In that case the Canada Labour Relations Board, in view of the association's refusal to go to arbitration, found that it had failed in its duty of representation set forth as follows in s. 136.1 of the

la plainte dans les quinze jours. C'est pourquoi l'appellant a fait une requête au Tribunal du travail.

Il s'agit donc de déterminer si l'appellant, dont le grief a déjà été rejeté par un tribunal d'arbitrage, peut demander et obtenir du Tribunal du travail, conformément à l'art. 47.5, l'autorisation de «soumettre sa réclamation à un arbitre nommé par le ministre pour décision selon la convention collective comme s'il s'agissait d'un grief».

Dans l'affirmative, le Tribunal du travail n'a pas excédé sa compétence. Il ne peut cependant pas errer sous ce rapport car il y va de sa compétence même. S'il fait erreur, il s'arroge un pouvoir qu'il n'a pas. C'est le principe dégagé par cette Cour dans *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412. On peut lire à la p. 440:

Les dispositions que le Conseil devait interpréter en l'espèce sont attributives de compétence puisqu'elles portent sur les ordonnances que le Conseil est habilité à joindre à une déclaration de grève illégale. Il s'agit en effet de décider si le Conseil a le pouvoir de joindre à une telle déclaration une ordonnance de renvoi à l'arbitrage. Il me paraît donc non pas douteux mais manifeste que l'interprétation de ces dispositions soulève une question de compétence à propos de laquelle le Conseil ne peut errer sans commettre d'excès de compétence.

À mon avis le Tribunal du travail n'a pas le pouvoir de déférer une affaire à l'arbitrage en pareille circonstance quand un arbitrage a déjà eu lieu et qu'il a été disposé du grief.

Il est patent que l'art. 47.5 s'applique lorsqu'il n'y a pas eu d'arbitrage parce que l'association a refusé de pousser le grief jusqu'à cette étape.

Il s'agit d'un pouvoir analogue à celui que cette Cour a reconnu au Conseil canadien des relations du travail dans *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710.

Dans cette affaire le Conseil canadien des relations du travail, face au refus de l'association de procéder à l'arbitrage, conclut que cette dernière avait manqué au devoir de représentation énoncé

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended by 1977-78 (Can.), c. 27, s. 49:

136.1 Where a trade union is the bargaining agent for a bargaining unit, the trade union and every representative of the trade union shall represent, fairly and without discrimination, all employees in the bargaining unit.

The Canada Labour Relations Board then made an order authorizing the employee to proceed to arbitration of his grievance himself at the association's expense, and it allowed him to appoint an arbitrator himself for this purpose. The order was made pursuant to s. 189 of the *Canada Labour Code*, *supra*; 1972 (Can.), c. 18, s. 1; 1977-78 (Can.), c. 27, s. 68, which does not expressly provide for such a remedy.

This Court held that the Canada Labour Relations Board had not exceeded its jurisdiction in making this order.

When there has been no arbitration s. 47.5 is readily understandable and ss. 47.2 to 47.6 can be reconciled with each other and with the other provisions in the Code.

This power is part of the general scheme of the Code which is that every grievance shall be submitted to arbitration (s. 100). It favours access to arbitration.

Under s. 47.3 an employee who feels that the association representing him has violated s. 47.2 files a complaint with the Minister, who appoints an investigator. The latter attempts to settle the complaint, presumably by trying to persuade the association to proceed or the employee to drop the matter.

If the investigator is unsuccessful, the employee makes an application to the Labour Court and asks it "[to order] that his claim be referred to arbitration" (s. 47.4).

The Labour Court (s. 47.5) may authorize the employee "to submit his claim to an arbitrator appointed by the Minister for decision in the manner provided for in the collective agreement, as in the case of a grievance". Sections 100 to

dans les termes suivants à l'art. 136.1 du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, tel que modifié par 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 49:

136.1 Lorsqu'un syndicat est accrédité à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation, il doit, de même que ses représentants, représenter tous les employés de l'unité de négociation de façon juste et sans discrimination.

Le Conseil canadien des relations du travail émit alors une ordonnance autorisant le salarié à procéder lui-même à l'arbitrage de son grief, aux frais de l'association, et à cette fin lui permit de nommer lui-même un arbitre. Cette ordonnance fut prise en vertu de l'art. 189 du *Code canadien du travail*, précité; 1972 (Can.), chap. 18, art. 1; 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 68, qui ne prévoit pas ce redressement de façon expresse.

Cette Cour a décidé que le Conseil canadien des relations du travail n'avait pas excédé sa compétence en émettant cette ordonnance.

Lorsqu'il n'y a pas eu d'arbitrage l'art. 47.5 s'explique aisément et les art. 47.2 à 47.6 sont conciliables les uns avec les autres de même qu'avec les autres dispositions du Code.

Ce pouvoir s'inscrit dans l'économie générale du Code qui veut que tout grief soit soumis à l'arbitrage (art. 100). Il favorise l'accès à l'arbitrage.

Selon l'art. 47.3 le salarié qui prétend que l'association qui le représente a violé l'art. 47.2 porte plainte au Ministre qui nomme un enquêteur. Celui-ci tente de régler la plainte, présumément en tentant de convaincre l'association de procéder ou de convaincre le salarié de laisser tomber.

Si l'enquêteur ne réussit pas, le salarié fait une requête au Tribunal du travail et lui demande «d'ordonner que sa réclamation soit déférée à l'arbitrage» (art. 47.4).

Le Tribunal du travail (art. 47.5) peut autoriser le salarié «à soumettre sa réclamation à un arbitre nommé par le ministre pour décision selon la convention collective comme s'il s'agissait d'un grief». Les articles 100 à 101.10 s'appliquent, *mutatis*

101.10 apply *mutatis mutandis*, and the association pays the employee's costs.

The very choice of language is understandable. For example, the legislation speaks of a "claim" rather than a "grievance". In general, the decision to take a grievance to arbitration is one to be made only by the association. When as in the case at bar the employee is authorized to proceed, it is no longer strictly speaking a "grievance" and this is why it is referred to as a "claim".

The arbitrator will be appointed by the Minister, since the association has not acted in accordance with the agreement or s. 100.

The claim will be decided in the manner provided for in the collective agreement, as in the case of a grievance. These words are necessary because the agreement has not been observed and it is no longer strictly speaking a grievance.

Section 47.6 provides that the employer cannot allege the association's non-observance of the procedure and delays provided for in the collective agreement for the settlement of grievances. This section is necessary since, in view of the six-month period in s. 47.3, the two fifteen-day periods in s. 47.4 and the time needed by the Labour Court to dispose of the matter, the employee would be beyond the deadlines specified in the collective agreement for taking action.

Finally, these provisions are in complete harmony with s. 101, which provides that an arbitration award is without appeal and binds the parties.

The situation is quite different if there has already been arbitration.

The question then is what the investigator appointed under s. 47.3 will in fact try to settle between the association and the employee. There can be no question of the investigator attempting to persuade the association to take the grievance to arbitration, since that has already been done. Furthermore, I know of no provision which authorizes the association to compel the employer to go to a second arbitration in the event that the association and the employee reach agreement as a result of intervention by the investigator. If there is no agreement, the remedy provided for is arbitration.

mutandis, et l'association paye les frais encourus par le salarié.

Le choix même des termes s'explique. On parle par exemple de réclamation plutôt que de grief. En règle générale la décision de porter un grief à l'arbitrage est réservée à l'association seule. Lorsque, comme en l'espèce, le salarié est autorisé à procéder, il ne s'agit plus à proprement parler d'un grief et c'est pourquoi on l'appelle réclamation.

L'arbitre sera nommé par le Ministre puisque l'association n'a pas agi conformément à la convention ou à l'art. 100.

La réclamation sera décidée selon la convention collective comme s'il s'agissait d'un grief. Ces mots sont nécessaires parce qu'on n'a pas suivi la convention et qu'il ne s'agit plus, à proprement parler, d'un grief.

L'article 47.6 prévoit que l'employeur ne peut opposer l'inobservation par l'association de la procédure et des délais prévus à la convention collective pour le règlement des griefs. Cet article s'impose puisque compte tenu du délai de six mois de l'art. 47.3, des deux délais de quinze jours de l'art. 47.4, et du temps qu'il faudra au Tribunal du travail pour disposer de l'affaire, le salarié se trouverait hors les délais prévus à la convention collective pour agir.

Enfin ces dispositions sont en parfaite harmonie avec l'art. 101 qui stipule que la sentence arbitrale est sans appel et qu'elle lie les parties.

Il en va tout autrement s'il y a déjà eu un arbitrage.

On peut alors se demander ce que l'enquêteur nommé en vertu de l'art. 47.3 pourra bien tenter de régler entre l'association et le salarié. Il ne peut être question que l'enquêteur tente de convaincre l'association de pousser le grief à l'arbitrage puisque cela a déjà été fait. Je ne connais du reste aucune disposition qui permettrait à l'association d'obliger l'employeur à procéder à un second arbitrage au cas où l'association et le salarié se seraient entendus grâce à l'intervention de l'enquêteur. Or s'il n'y a pas d'entente le redressement prévu est précisément un arbitrage. Une entente

An agreement should lead to the same outcome, though no provision is made for it.

Section 47.3 has no application after there has been arbitration, unless it is maintained that the employee's remedy includes allowing the Labour Court to order a new arbitration in the event that the association refuses to apply for a writ of evocation against the arbitration award. This is what was held in *Asselin v. Travailleurs amalgamés du vêtement et du textile, local 1838*, [1985] T.T. 74. If we follow this reasoning, assuming that a motion for evocation is made and denied by the Superior Court, there could be recourse to s. 47.5 if the association refuses to appeal the Superior Court judgment. Again assuming that the Superior Court judgment has been appealed and that the appeal has been dismissed, there could still be recourse to s. 47.5 if the association refused to apply to this Court for leave to appeal. This would be giving the provisions under consideration too general an application, not justified by the wording.

Similarly, s. 47.4 seems hard to explain on the basis that an arbitration has already occurred. In so far as the section refers, first, to the failure of the investigator to settle the complaint, and second, to the association's failure to carry out the agreement concluded as a result of intervention by the investigator, the same observations made in connection with s. 47.3 apply regarding the object of the investigator's action. The purpose of the application, which is the next stage, is to ask for the claim to be referred to arbitration. The section gives no further clarification and does not distinguish between the arbitration requested by the employee in his application and that already completed.

Moreover, these sections give no indication what becomes of the arbitration award already made. For the interpretation one would like to give to s. 47.5 to have any meaning the second award clearly must supersede the first, which must be set aside. In my view this is the equivalent of a judgment on appeal and I cannot see how ss. 47.2 to 47.6 could be construed as creating a right of appeal.

devrait conduire au même résultat qu'aucune disposition pourtant ne prévoit.

L'article 47.3 n'a pas sa raison d'être après qu'il y a eu un arbitrage. À moins que l'on tienne que le recours du salarié aille jusqu'à permettre au Tribunal du travail d'ordonner un nouvel arbitrage dans le cas où l'association refuse de demander l'émission d'un bref d'évocation à l'encontre de la sentence arbitrale. C'est ce qui fut décidé dans *Asselin c. Travailleurs amalgamés du vêtement et du textile, local 1838*, [1985] T.T. 74. Si l'on suit ce raisonnement, à supposer qu'une demande d'évocation soit faite et soit refusée par la Cour supérieure, on pourrait recourir à l'art. 47.5 si l'association refuse de porter le jugement de la Cour supérieure en appel. À supposer encore que le jugement de la Cour supérieure ait été porté en appel et que l'appel ait été rejeté on pourrait encore recourir à l'art. 47.5 si l'association refuse de s'adresser à cette Cour pour demander l'autorisation de se pourvoir. Ce serait donner aux dispositions à l'étude une extension par trop générale que le texte ne justifie nullement.

De même l'art. 47.4 me paraît difficile à expliquer dans l'hypothèse où un arbitrage a déjà eu lieu. Dans la mesure où cet article réfère d'une part au défaut de l'enquêteur de régler la plainte et d'autre part, au défaut de l'association de donner suite à l'entente conclue grâce à l'intervention de l'enquêteur, les mêmes remarques que celles faites à propos de l'art. 47.3 s'appliquent quant à l'objet des démarches de l'enquêteur. Par ailleurs le but de la requête qui constitue l'étape suivante, est de demander que la réclamation soit déferée à l'arbitrage. Or, l'article n'apporte pas de plus amples précisions, ni ne distingue entre l'arbitrage que le salarié demande dans sa requête et celui qui a déjà été complété.

Rien d'ailleurs dans ces articles ne précise ce qu'il adviendrait de la sentence arbitrale déjà rendue. Pour que l'interprétation qu'on veut donner à l'art. 47.5 ait un sens il faudrait de toute évidence que la seconde sentence l'emporte sur la première et que celle-ci soit annulée. C'est là à mon avis l'équivalent d'un jugement en appel et je ne puis voir comment les art. 47.2 à 47.6 pourraient être interprétés comme créant un droit d'appel.

Appellant and the Labour Court further submitted that the remedy under ss. 47.2 to 47.6 is a distinct and parallel remedy given to the employee himself. It is an individual remedy, not the usual recourse to arbitration which is generally reserved solely for the association. This argument raises a major difficulty: how are the provisions of the Code to be reconciled?

Section 101 of the *Labour Code* states that "The arbitration award is without appeal and binds the parties". To this objection appellant and the Labour Court answered that s. 47.5 is an exception to s. 101: an employee who was bound by the arbitration award no longer is.

Appellant and the Labour Court relied on the judgment of the United States Supreme Court in *Hines v. Anchor Motor Freight*, 424 U.S. 554 (1976). At page 567, it reads:

The union's breach of duty relieves the employee of an express or implied requirement that disputes be settled through contractual grievance procedures; if it seriously undermines the integrity of the arbitral process the union's breach also removes the bar of the finality provisions of the contract.

It is clear from reading the judgment and the passage cited above that what the U.S. Supreme Court is referring to is a clause in the collective agreement which confers final effect on the arbitration award, and this is also governed by the contractual clauses of the agreement. The judgment is not concerned with the provisions of legislation as in the case at bar.

In addition to the fact that this precedent is of course not binding here it should be added that, apart from decisions of the Labour Court, by a majority but not unanimous, no Canadian decisions were cited in support of the proposed interpretation.

Reference was made to *Milhomme v. Aubé*, [1984] C.A. 1, in which the Court of Appeal ruled on these sections of the *Labour Code*. The Court of Appeal, reversing the judgment of the Superior Court, authorized a writ of evocation to be issued against a decision of the Labour Court which had refused to refer the employee's claim to arbitra-

L'appelant et le Tribunal du travail soumettent par ailleurs que le recours des art. 47.2 à 47.6 est un recours distinct et parallèle donné au salarié lui-même. Ce serait un recours individuel et non plus le recours habituel à l'arbitrage généralement réservé à la seule association. Cet argument soulève une difficulté majeure. Comment en effet concilier les textes du Code.

L'article 101 du *Code du travail* porte que «La sentence arbitrale est sans appel et lie les parties.» À cette objection l'appelant et le Tribunal du travail répondent que l'art. 47.5 fait exception à l'art. 101: le salarié qui était lié par la sentence arbitrale ne l'est plus.

L'appelant et le Tribunal du travail s'appuient sur l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Hines v. Anchor Motor Freight*, 424 U.S. 554 (1976). On peut lire à la p. 567:

[TRADUCTION] L'inexécution par le syndicat de son obligation dispense l'employé de la condition expresse ou implicite de régler les différends par la procédure d'arbitrage des griefs en vertu de la convention; si cela mine gravement l'intégrité du processus d'arbitrage, l'inexécution du syndicat écarte aussi l'obstacle du caractère définitif des dispositions de la convention.

À la lecture de l'arrêt et à la lecture du passage précité il apparaît clairement que ce dont la Cour suprême des États-Unis traite c'est d'une clause de la convention collective qui attribue un caractère final à la sentence arbitrale régie elle aussi par les clauses contractuelles de la convention. Il ne s'agit pas de dispositions de la loi comme en l'espèce.

Outre que cette jurisprudence ne fait évidemment pas autorité ici, on peut ajouter qu'aucune décision canadienne, à part la jurisprudence du Tribunal du travail, majoritaire mais non unanime, n'a pu être citée à l'appui de l'interprétation proposée.

L'on a invoqué l'arrêt *Milhomme c. Aubé*, [1984] C.A. 1, dans lequel la Cour d'appel se prononce sur ces articles du *Code du travail*. La Cour d'appel, infirmant le jugement de la Cour supérieure, a autorisé l'émission d'un bref d'évocation à l'encontre de la décision du Tribunal du travail qui avait refusé de déférer la réclamation

tion. However, that case was quite different from the case at bar. The arbitration had begun, but the association had withdrawn the grievance before the arbitration was complete. Appellant and the Labour Court relied in particular on the following passage from the reasons of Bisson J.A., whose opinion was concurred in by his brother judges, at pp. 5-6:

[TRANSLATION] In closing, I would like to emphasize that the argument of respondent S.E.C.S.N., that ss. 47.2 to 47.6 of the *Labour Code* no longer apply when the arbitration proceeding has begun, cannot be admitted.

There is no inconsistency between the judgment of the Court of Appeal in the case at bar and *Milhomme*, where there was no arbitration. That case does not apply.

The Canada Labour Relations Board, for its part, has refused to make an order concerning an arbitration award challenged on the ground that the association had failed in its duty to represent an employee properly at the arbitration. The Board clearly indicated that in such a case it would be exercising an appellate jurisdiction. See *Lucio Samperi* (1982), 49 di 40. At pages 50-51, it stated:

It would be a clear case of the tail wagging the dog if this Board were to effectively quash arbitration awards because we disapproved of the manner in which a union presented a grievance at arbitration. We do not consider it to be within the purview of our role or responsibility to evaluate the competence of union representatives or their counsel. Nor do we consider it to be compatible with the public policy purposes and objectives of party controlled compulsory grievance arbitration as a substitute for mid-agreement work stoppages expressed in section 155 of the Code (see the discussion in James E. Dorsey, "Arbitration Under the Canada Labour Code: A Neglected Policy and an Incomplete Legislative Framework" (1980), 6 *Dalhousie L.J.* 41). The duty of fair representation has a role under the Code but it must have its limits. The limit falls short of an avenue of appeal from arbitral decisions based upon a judgment by this Board's legal and non-legally trained members about the competence and performance of union representatives and their counsel.

du salarié à l'arbitrage. Cette affaire-là était cependant tout à fait différente de celle-ci. L'arbitrage avait été commencé mais l'association avait retiré le grief avant que l'arbitrage ne soit complété. L'appelant et le Tribunal du travail s'appuient notamment sur le passage suivant des motifs du juge Bisson dont l'opinion fut partagée par ses collègues, aux pp. 5 et 6:

En terminant, je désire souligner que ne saurait être acceptée la prétention de l'intimé S.E.C.S.N. à l'effet que les articles 47.2 à 47.6 du *Code du travail* n'ont plus application lorsque le processus d'arbitrage a été enclenché.

Il n'y a aucune incompatibilité entre l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce et l'arrêt *Milhomme* où il n'y avait pas eu d'arbitrage. Cet arrêt ne s'applique pas.

Pour sa part le Conseil canadien des relations du travail a refusé de rendre une ordonnance relative à une sentence arbitrale attaquée au motif que l'association avait failli à son devoir de bien représenter un salarié à l'arbitrage. Le Conseil laisse clairement entendre qu'en pareil cas il exercerait une compétence d'appel. Voir *Lucio Samperi* (1982), 49 di 40. Il est écrit aux pp. 50 et 51:

Ce serait vraiment inverser l'ordre des choses si le présent Conseil allait en fait casser des décisions arbitrales parce qu'il n'approuve pas la manière dont un syndicat a présenté un grief à l'arbitrage. Selon nous, il ne nous incombe pas de juger de la compétence des représentants syndicaux ni de leurs avocats. De plus, une telle mesure de notre part serait incompatible avec les objectifs de la politique de l'intérêt commun d'une procédure de règlement des griefs que les parties doivent adopter en substitution d'arrêts de travail pendant la durée d'application d'une convention collective conformément à l'article 155 du Code (voir les observations de James E. Dorsey dans «Arbitration Under the Canada Labour Code: A Neglected Policy and an Incomplete Legislative Framework» (1980), 6 *Dalhousie L.J.* 41). Le devoir de représentation juste est reconnu par le Code, mais il a ses limites. Les dispositions qui s'y rapportent ne vont pas jusqu'à permettre d'en appeler d'une décision arbitrale de façon que les membres du Conseil, pourvus ou non d'une formation juridique, portent un jugement sur la compétence et la «performance» des représentants syndicaux et de leurs avocats.

In *John Semeniuk* (1981), 45 di 258, at pp. 262-64, the Board similarly indicated that it does not sit in appeal from the decisions rendered.

However, the Board has reserved its opinion on whether it has the power to set aside an arbitration award because the association has contravened s. 136.1 of the *Canada Labour Code*, *supra*. See *Craib v. Canadian Pacific Ltd.* (1984), 85 CLLC

16,006. At pages 14,037 and 14,038 it reads:

We have not felt it necessary to address the question of whether the Board could in effect nullify the order or decision of an arbitrator or arbitration board which, under Section 156 of the Code is "final", even if we had justification for believing that the representation given by a union at an arbitration was contrary to Section 136.1. That matter will have to be left for another day if and when another panel is forced to such a conclusion.

More recently still, the Board expressed a strong doubt as to its jurisdiction in such a situation. This was in the decision in *Langlois v. Telecommunications Workers Union*, C.L.R.B., No. 745-2030, May 21, 1985. It was rendered in the form of a letter, which stated at pp. 3-4:

Under Section 156(1) of the Code "every order or decision of an arbitrator or arbitration board is final and shall not be questioned or reviewed by any court". Thus, even if we had doubts about the union's conduct between the time of the dismissal and the conclusion of the arbitration hearing, (which we do not have), it is highly questionable whether we would have any power to disturb the arbitration board's award, unlike the B.C. Board which has certain limited review powers vis-à-vis arbitration boards.

There is no doubt that recognizing that a second arbitration can be ordered under s. 47.5 would be in direct conflict with s. 101 of the *Labour Code*.

I adopt the following passage from the reasons of Nolan J.A., who rendered the majority judgment of the Court of Appeal, *supra*, at pp. 325-26: If sections 47.2 *et seq.* were construed to mean the judge of the Labour Court in a case like the present one could

Dans *John Semeniuk* (1981), 45 di 258, aux pp. 262 et 264, le Conseil avait pareillement indiqué qu'il ne siège pas en appel des décisions rendues.

Le Conseil a toutefois réservé son opinion sur la question de savoir s'il a le pouvoir d'annuler une sentence arbitrale parce que l'association aurait contrevenu à l'art. 136.1 du *Code canadien du travail*, précité. Voir *Craib v. Canadian Pacific Ltd.* (1984), 85 CLLC

16,006. On y lit aux pp. 14,037 et 14,038:

Nous n'avons pas jugé nécessaire d'aborder la question de savoir si le Conseil pouvait effectivement annuler l'ordonnance ou la décision rendue par un arbitre ou un conseil d'arbitrage et qui, en vertu de l'article 156 du Code, est « définitive », même si nous avons des raisons de croire que la représentation faite par un syndicat à une audience d'arbitrage n'était pas conforme à l'article 136.1. La question devra être tranchée un autre jour si jamais un autre panel est forcé de tirer une telle conclusion.

Plus récemment encore le Conseil exprime un fort doute sur sa compétence en pareilles circonstances. Il s'agit de la décision *Langlois v. Telecommunications Workers Union*, C.C.R.T., n° 745-2030, 21 mai 1985. Elle a été rendue sous forme de lettre dans laquelle il est écrit aux pp. 3 et 4:

[TRADUCTION] En vertu du par. 156(1) du Code « toute ordonnance ou décision rendue par un conseil d'arbitrage ou par un arbitre est définitive et ne peut être mise en question devant un tribunal ni révisée par un tribunal ». Donc même si nous avons des doutes au sujet du comportement du syndicat entre l'époque du renvoi et la fin de l'arbitrage (mais nous n'en avons pas), il est très douteux que nous ayons la compétence de modifier la sentence du conseil d'arbitrage, à la différence de la Commission de la Colombie-Britannique qui possède certains pouvoirs de contrôle limités à l'égard des conseils d'arbitrage.

Il ne fait pas de doute qu'admettre qu'aux termes de l'art. 47.5 un second arbitrage puisse être ordonné, irait directement à l'encontre de l'art. 101 du *Code du travail*.

Je fais mien le passage suivant des motifs du juge Nolan, qui a prononcé l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, précité, aux pp. 325 et 326:

[TRADUCTION] Si on devait interpréter les art. 47.2 et suiv. comme signifiant qu'un juge du Tribunal du travail

authorize another arbitration to be held after a court of arbitration, acting within its jurisdiction, has already rendered a decision, it would be a flagrant contradiction of s. 101 of the *Code du travail*.

In my opinion sections 47.2 *et seq.* must be read in conjunction with s. 101 in a way to reconcile them.

As stated in E.A. Driedger's *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974, p. 72:

Not only must the whole Act be read, but every provision of the Act should, if possible, be given meaning; hence if there are rival constructions the general principle is that the construction that gives effect to the whole of the statute, or to the provision under consideration, should be adopted in preference to one that renders part thereof meaningless.

Counsel for the Labour Court argued that it is inconceivable that there could be a finding of serious negligence and no remedy would exist. It is not within the purview of these reasons to determine what other remedies may be available to the employee. As counsel for the Labour Court pointed out, s. 47.2 is very wide. However, in my view a second arbitration pursuant to s. 47.5 is not an available remedy.

Sections 47.2 to 47.6 of the *Labour Code* cannot be interpreted so as to authorize a second arbitration of a grievance which has already been the subject of one arbitration, and to create an exception to s. 101, which makes the award final.

Counsel for the respondent stated that costs are not being requested against appellant.

I would dismiss the appeal without costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Laroche, Bibeau & Fauteux, Verdun.

Solicitors for the respondent: Heenan, Blaikie, Jolin, Potvin, Trépanier, Cobbett, Montréal.

Solicitors for the mis en cause the Labour Court: Belleau, Crevier & Associés, Montréal.

dans un cas comme l'espèce peut permettre un autre arbitrage après qu'un conseil d'arbitrage a déjà rendu une décision, cela contredirait de façon flagrante l'art. 101 du *Code du travail*.

À mon avis, il faut lire les art. 47.2 et sui. comme un tout avec l'art. 101 de manière à les concilier les uns avec les autres.

Selon l'ouvrage de E.A. Driedger *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974, à la p. 72:

Non seulement faut-il tenir compte de toute la loi, mais il faut, si possible, donner un sens à chaque disposition de la loi; donc s'il y a des interprétations opposées, le principe général veut qu'il faille adopter l'interprétation qui donne un effet à l'ensemble de la loi ou aux dispositions examinées de préférence à celle qui priverait de sens une partie de la loi.

Le procureur du Tribunal du travail a fait valoir qu'il est inconcevable qu'il y ait un constat de négligence grave et qu'il n'y ait pas de redressement. Il n'entre pas dans le cadre de ces motifs de déterminer quels autres redressements peuvent s'offrir au salarié. Comme l'a souligné le procureur du Tribunal du travail, l'art. 47.2 est très large. Mais à mon avis, un second arbitrage en application de l'art. 47.5 n'est pas un redressement disponible.

Les articles 47.2 à 47.6 du *Code du travail* ne peuvent être interprétés de façon à donner ouverture à un second arbitrage d'un grief qui a déjà fait l'objet d'un premier, et à créer une exception à l'art. 101 qui consacre le caractère final d'une sentence.

Le procureur de l'intimée a déclaré ne pas demander de dépens contre l'appelant.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans adjuger de dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Laroche, Bibeau & Fauteux, Verdun.

Procureurs de l'intimée: Heenan, Blaikie, Jolin, Potvin, Trépanier, Cobbett, Montréal.

Procureurs du mis en cause le Tribunal du travail: Belleau, Crevier & Associés, Montréal.

Eric Fleming, Administrator ad litem of the Estate of Ernest Roland Maria Gombosh, Deceased *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17717.

1985: November 20; 1986: April 24.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Narcotics — Narcotic Control Act — Restoration procedure — Seizure of monies allegedly connected to narcotics offence — Restoration proceedings not concluded before applicant's death — Whether or not monies should be restored to innocent personal representative — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10.

The focus of this case was on the “restoration hearing”, a procedure established under the *Narcotic Control Act*, whereby a person can regain possession of things allegedly related to the commission of a narcotics offence and seized under s. 10 of the Act. The original applicant for restoration, Ernest Gombosh, was searched on two occasions in October, 1979. Several quantities of drugs, drug paraphenalia and cash were seized in the course of those searches and Mr. Gombosh was subsequently charged with offences under the *Narcotic Control Act*. Mr. Gombosh applied, in December 1979, for restoration of the monies seized. The hearing was adjourned and Mr. Gombosh died before being prosecuted and before the restoration hearing process was completed. Letters of administration were granted to the current applicant—a person innocent of any wrongdoing—who pursued the restoration of the seized monies in his capacity as administrator. A judge of the Provincial Court ordered restoration but this order was quashed in the Supreme Court of Ontario and the matter remitted to Provincial Court. The Ontario Court of Appeal upheld the decision to quash.

The two-part test for restoration in s. 10(6)(a) required that the magistrate be satisfied that (1) the applicant is “entitled to possession of the thing seized”, and (2) the thing seized is not required as evidence. The three crucial questions to this appeal, then, were: what was meant by s. 10(6)(a) entitlement, on whom was the

Eric Fleming, administrateur aux fins de l'instance de la succession de feu Ernest Roland Maria Gombosh *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 17717.

1985: 20 novembre; 1986: 24 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

Stupéfiants — Loi sur les stupéfiants — Procédure de restitution — Saisie de sommes d'argent qui seraient liées à des infractions relatives à des stupéfiants — Procédure de demande de restitution en cours au moment du décès du requérant — Faut-il restituer l'argent au représentant personnel innocent du défunt? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10.

L'affaire porte sur l'audition d'une demande de restitution, une procédure établie par la *Loi sur les stupéfiants*, en vertu de laquelle une personne peut reprendre possession de choses présumées liées à la perpétration d'infractions relatives à des stupéfiants et saisies par application de l'art. 10 de la Loi. Le requérant initial en restitution, Ernest Gombosh, a été fouillé à deux occasions en octobre 1979. Une certaine quantité de drogues, des objets reliés à la drogue et de l'argent ont été saisis au cours de ces fouilles et M. Gombosh a par la suite été accusé d'infractions à la *Loi sur les stupéfiants*. En décembre 1979, M. Gombosh a fait une demande de restitution de l'argent saisi. L'audition a été reportée à plus tard; M. Gombosh est décédé avant d'être poursuivi et avant la fin de la procédure d'audition de la demande de restitution. Des lettres d'administration ont été délivrées au requérant actuel — qui n'est coupable d'aucune infraction; il a repris la demande de restitution en qualité d'administrateur. Un juge de la Cour provinciale a ordonné la restitution, mais la Cour suprême de l'Ontario a annulé son ordonnance et renvoyé l'affaire à la Cour provinciale. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé l'annulation.

Le critère de restitution à deux volets énoncé à l'al. 10(6)a exige que le magistrat soit convaincu (1) que le requérant a «droit à la possession [de la] chose saisie» et (2) que la chose saisie n'est plus requise à titre de preuve. Les trois questions déterminantes soulevées par le présent pourvoi sont: que signifie le droit à la posses-

burden of proof or disproof, and what was the standard of proof?

Held: The appeal should be allowed.

In order to satisfy a magistrate at a restoration hearing on the question of entitlement to possession, a claimant must show on the balance of probabilities that he was in possession of the property at the time of seizure. To place the onus on the claimant in this way does not offend established rules of procedure as the claim of entitlement at this stage is simply the assertion of a civil right. In addition, such evidence is readily obtainable by most claimants. The generous standing in s. 10(5) leaves it open to "any" other person to rebut the claim to possession.

While entitlement within the meaning of s. 10(6)(a) can reasonably be assumed to mean "lawful entitlement", the rule of public policy that a person should not be allowed to profit from his own wrong doing should only operate where there is turpitude. Where that turpitude is a criminal wrong, criminality must be demonstrated in accordance with normal procedures. Section 10(8), which directs forfeiture of things seized which were "used in any manner" in connection with a narcotics offence of which a person has been convicted, codifies the *ex turpi causa non oritur actio* rule in the context of narcotics convictions.

The tainted connection leading to forfeiture under s. 10(8) must be proved beyond a reasonable doubt. The presumption of innocence as well as the nature of the proceedings under s. 10 make it inappropriate to transform a restoration hearing into a trial in which the Crown need only meet the civil standard of proof in order to establish guilt or taint. The culpability of the owner of the seized property must have been proven at antecedent criminal proceedings under the *Narcotic Control Act*. In the absence of a specific finding at trial of the requisite "tainted connection", the Crown can prove taint on the reasonable doubt standard at the restoration hearing. Where there was no antecedent conviction and no basis for laying a narcotics related charge, proceedings should be initiated under s. 312(1) of the *Criminal Code*.

Although s. 10(8) might imply that the *ex turpi* rule is excluded by the *expressio unius est exclusio alterius* rule from operation under s. 10(6)(a), where the things

visé à l'al. 10(6)a), à qui incombe le fardeau de la preuve à charge ou à décharge et quelle est la norme de preuve?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

^a Pour convaincre un magistrat, à l'audition d'une demande de restitution, relativement à la question du droit à la possession, le requérant doit pouvoir démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il était en possession du bien au moment de la saisie. Imposer ce fardeau de preuve au requérant ne viole pas les règles reconnues de procédure puisque la demande de possession à ce stade est une simple revendication d'un droit civil. De plus, la plupart des requérants peuvent facilement faire cette preuve. La qualité pour agir, libéralement accordée par le par. 10(5), permet à «toute autre personne» de réfuter la revendication de possession.

Alors qu'on peut raisonnablement présumer que le droit à la possession au sens de l'al. 10(6)a) signifie le ^a «droit légitime à la possession», la règle fondée sur l'ordre public voulant qu'une personne ne devrait pas pouvoir tirer profit de ses mauvaises actions, ne devrait s'appliquer que s'il y a turpitude. Lorsque cette turpitude consiste en une infraction criminelle, son caractère criminel doit être démontré selon la procédure normale. ^e Le paragraphe 10(8) qui ordonne la confiscation de choses saisies qui ont été «utilisées de quelque façon» en rapport avec une infraction relative à des stupéfiants dont la personne a été déclarée coupable, codifie la règle *ex turpi causa non oritur actio* dans le contexte des ^f infractions relatives à des stupéfiants.

Le lien créant la viciation qui amène la confiscation par application du par. 10(8) doit être prouvé hors de tout doute raisonnable. La présomption d'innocence et la nature des procédures prévues à l'art. 10 ne justifient pas de transformer l'audition d'une demande de restitution en procès au cours duquel la poursuite n'aurait qu'à satisfaire à une norme civile de preuve pour prouver la culpabilité ou la viciation. La culpabilité du propriétaire des choses saisies doit avoir été prouvée au cours d'une procédure criminelle antérieure tenue en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*. En l'absence de conclusion précise de «viciation» au procès, la poursuite doit la prouver selon la norme du doute raisonnable à l'audition de la demande de restitution. Lorsqu'il n'y a pas de déclaration antérieure de culpabilité et que rien ne justifie de porter une accusation d'infractions relatives à des stupéfiants, on peut entamer des procédures en vertu du par. 312(1) du *Code criminel*.

^j Bien que le par. 10(8) puisse indiquer que la règle *ex turpi* soit exclue par la règle *expressio unius est exclusio alterius* de l'effet de l'al. 10(6)a), lorsque les choses

are connected to a conviction for a non-narcotics offence, such an interpretation would multiply proceedings and offend public perception of the justice system. The *expressio unius* rule, therefore, should not prevent a reading of s. 10(6)(a) entitlement to mean "lawful entitlement" in this very limited context.

Where the rule of public policy legitimately applies, the status of an applicant as the innocent representative of a convicted but deceased owner would not entitle the applicant to restoration. However, where no conviction has been entered and where the evidentiary use of the things has either expired or is non-existent the magistrate may not deny restoration to the person entitled to possession.

Cases Cited

Largie v. R. (1982), 25 C.R. (3d) 289; *Re Aimonetti and The Queen* (1981), 58 C.C.C. (2d) 164; *Smith (M.J.) v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 196; *Re Hicks and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 91; *Re Collins and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 377; *R. v. Molina* (1985), 7 O.A.C. 235; *Sowrey v. Minister of National Health and Welfare*, [1985] 1 W.W.R. 85; *Re Regina and Buxton* (1981), 62 C.C.C. (2d) 278; *Minister of National Health and Welfare v. Medd*, [1983] 6 W.W.R. 304; *R. v. Tupper* (1976), 32 C.C.C. (2d) 529; *R. v. Aimonetti* (1985), 19 C.C.C. (3d) 481, considered; *Burgess v. The Queen* (1975), 18 Cr.L.Q. 254; *R. v. Robinson*, [1951] S.C.R. 522; *Re Regina and Blaney* (1979), 50 C.C.C. (2d) 395; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *McDonald v. Lane* (1882), 7 S.C.R. 462; *R. v. Meloche*, [1970] 3 O.R. 798; *R. v. Bagshaw*, [1972] S.C.R. 2; *Hardy v. Motor Insurers' Bureau*, [1964] 2 All E.R. 742, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1927, c. 26, re-enacted 1952 (Can.), c. 39, s. 3.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 312(1).
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 10(1)(a), (b), (c), (5), (6)(a), (b), (c), (d), (7), (8), (9).

saisies sont reliées à une déclaration de culpabilité d'une infraction non reliée à des stupéfiants, une telle interprétation multiplierait les procédures et discréditerait le système de justice aux yeux du public. En conséquence, la règle *expressio unius* ne doit pas empêcher de considérer le droit à la possession visé à l'al. 10(6)a) comme un «droit légitime à la possession» dans ce contexte très restreint.

Lorsqu'on applique légitimement la règle fondée sur l'ordre public, le statut d'un requérant en tant que représentant innocent d'un propriétaire déclaré coupable, mais décédé, le prive de son droit à la restitution. Cependant, lorsqu'il n'y a pas eu de déclaration de culpabilité et que les choses ne sont plus ou ne sont pas requises à titre de preuve, le magistrat ne peut pas refuser la restitution à la personne qui a droit à la possession.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Largie v. R.* (1982), 25 C.R. (3d) 289; *Re Aimonetti and The Queen* (1981), 58 C.C.C. (2d) 164; *Smith (M.J.) c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 196; *Re Hicks and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 91; *Re Collins and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 377; *R. v. Molina* (1985), 7 O.A.C. 235; *Sowrey v. Minister of National Health and Welfare*, [1985] 1 W.W.R. 85; *Re Regina and Buxton* (1981), 62 C.C.C. (2d) 278; *Minister of National Health and Welfare v. Medd*, [1983] 6 W.W.R. 304; *R. v. Tupper* (1976), 32 C.C.C. (2d) 529; *R. v. Aimonetti* (1985), 19 C.C.C. (3d) 481; arrêts mentionnés: *Burgess v. The Queen* (1975), 18 Cr.L.Q. 254; *R. v. Robinson*, [1951] R.C.S. 522; *Re Regina and Blaney* (1979), 50 C.C.C. (2d) 395; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *McDonald v. Lane* (1882), 7 R.C.S. 462; *R. v. Meloche*, [1970] 3 O.R. 798; *R. v. Bagshaw*, [1972] R.C.S. 2; *Hardy v. Motor Insurers' Bureau*, [1964] 2 All E.R. 742.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 312(1).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2.
Loi des enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1927, chap. 26, adoptée de nouveau par 1952 (Can.), chap. 39, art. 3.
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(1)a), b), c), (5), (6)a), b), c), d), (7), (8), (9).

Authors Cited

Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 35, London, Butterworths, 1981.

Shilton, B. R. "Drug Moneys—The Fruits of Crime?" 25 C.R. (2d) 294.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 3 C.C.C. (3d) 575, dismissing an appeal from a judgment of Smith J. (1982), 1 C.C.C. (3d) 323, quashing an order of restoration granted by Waisberg Prov. Ct. J. and remitting the matter to the Provincial Court. Appeal allowed.

Alan D. Gold and *W. B. Horkins*, for the appellant.

Bruce Shilton, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—This case raises the issue of the proper interpretation of s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. Section 10 allows an officer to seize things which he or she suspects are related to the commission of a narcotics offence. However, the seizure provisions are not directly at issue in this appeal. Rather, the focus of the case is on the procedure called a restoration hearing by means of which a person can regain possession of the things seized. Section 10(6) sets out a two-part test governing restoration. The first part requires the magistrate to be satisfied that the applicant is "entitled to possession of the thing seized". The second part requires him to be satisfied that the thing seized is not required as evidence. It is the first part of the test and the nature of the burden it imposes which must be resolved in order to settle the present appeal. The meaning of the phrase "entitled to possession" must be ascertained in the context of the peculiar facts of this case, namely that the appellant is the innocent representative of the allegedly non-innocent person from whom the things were seized. The original claimant died before being prosecuted and before the restoration hearing process was completed.

Doctrine citée

Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 35, London, Butterworths, 1981.

Shilton, B. R. «Drug Moneys—The Fruits of Crime?» 25 C.R. (2d) 294.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 3 C.C.C. (3d) 575, qui a rejeté un appel d'une décision du juge Smith (1982), 1 C.C.C. (3d) 323, qui annulait une ordonnance de restitution rendue par le juge Waisberg de la Cour provinciale et renvoyait l'affaire à la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

Alan D. Gold et *W. B. Horkins*, pour l'appelant.

Bruce Shilton, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—L'espèce soulève la question de l'interprétation qu'il faut donner à l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. L'article 10 autorise un agent à saisir des choses qu'il croit reliées à la perpétration d'une infraction relative à des stupéfiants. Les dispositions relatives à la saisie ne sont toutefois pas directement en cause dans le présent pourvoi. L'affaire porte plutôt sur la procédure appelée audition d'une demande de restitution par laquelle une personne peut reprendre possession des choses saisies. Le paragraphe 10(6) énonce une condition à deux volets qui régit cette restitution. Le premier volet exige que le magistrat soit convaincu que le requérant a «droit à la possession [de la] chose saisie». Le second volet exige qu'il soit convaincu que la chose n'est plus requise à titre de preuve. C'est le premier volet du critère et l'étendue du fardeau de preuve qu'il impose qu'il faut déterminer pour trancher le présent pourvoi. Il faut déterminer le sens de l'expression «droit à la possession» dans le contexte des faits particuliers de l'espèce, à savoir que l'appelant est le représentant non coupable de la personne qui serait moins innocente et de qui les choses ont été saisies. Le requérant initial est décédé avant d'avoir été poursuivi et avant la fin de l'audition de la demande de restitution.

1. The Facts

The original applicant for restoration, Ernest Gombosh, was searched on two occasions in October of 1979. Several quantities of drugs, drug paraphenalia and cash were seized in the course of those searches and Mr. Gombosh was subsequently charged with offences under the *Narcotic Control Act*. On December 17, 1979 Mr. Gombosh applied for restoration of the monies seized. The hearing was adjourned. However, on February 28, 1980 Mr. Gombosh died before being prosecuted and before the restoration hearing process was completed. Letters of administration were granted to the current appellant, Eric Fleming. He pursued restoration of the seized monies in his capacity as administrator of Mr. Gombosh's estate.

2. The Legislative Scheme

Mr. Gombosh and subsequently the appellant proceeded under ss. 10(5) and (6) of the *Narcotic Control Act*. However, s. 10 deals not only with restoration but also with seizure, possession by the Minister of things seized, and forfeiture. Thus the restoration hearing is only one aspect of the larger process. I have set out the relevant subsections below as they appeared at the time of these proceedings:

- 10.** (1) A peace officer may, at any time,
- (a) without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a writ of assistance or a warrant issued under this section, enter and search any dwelling-house in which he reasonably believes there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed;
- (b) search any person found in such place; and
- (c) seize and take away any narcotic found in such place, any thing in such place in which he reasonably suspects a narcotic is contained or concealed, or any other thing by means of or in respect of which he reasonably believes an offence under this Act has been committed or that may be evidence of the commission of such an offence.

1. Les faits

Le requérant initial en restitution, Ernest Gombosh, a été fouillé à deux occasions en octobre 1979. Une certaine quantité de drogues, des objets reliés à la drogue et de l'argent ont été saisis au cours de ces fouilles et M. Gombosh a par la suite été accusé d'infractions à la *Loi sur les stupéfiants*. Le 17 décembre 1979, M. Gombosh a fait une demande de restitution de l'argent saisi. L'audition a été reportée à plus tard. Toutefois, le 28 février 1980, M. Gombosh est décédé avant d'avoir été poursuivi et avant la fin de l'audition de la demande de restitution. Des lettres d'administration ont été délivrées à l'appelant, Eric Fleming. Il a demandé la restitution de l'argent saisi à titre d'administrateur de la succession de M. Gombosh.

2. Le régime juridique

M. Gombosh et plus tard l'appelant se sont prévalus des par. 10(5) et (6) de la *Loi sur les stupéfiants*. Toutefois, l'art. 10 ne porte pas seulement sur la restitution, mais aussi sur la saisie, la prise de possession par le Ministre des choses saisies et leur confiscation. Donc l'audition d'une demande de restitution n'est qu'un aspect de l'ensemble de la procédure. Je cite les paragraphes pertinents selon le texte en vigueur au moment de ces procédures:

- 10.** (1) Un agent de la paix peut, à toute époque,
- a) sans mandat, entrer et perquisitionner dans tout endroit autre qu'une maison d'habitation, et, sous l'autorité d'un mandat de main-forte ou d'un mandat délivré aux termes du présent article, entrer et perquisitionner dans toute maison d'habitation où il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise;
- b) fouiller toute personne trouvée dans un semblable endroit; et
- c) saisir et enlever tout stupéfiant découvert dans un tel endroit, toute chose qui s'y trouve et dans laquelle il soupçonne en se fondant sur des motifs raisonnables qu'un stupéfiant est contenu ou caché, ou toute autre chose au moyen ou à l'égard de laquelle il croit en se fondant sur des motifs raisonnables qu'une infraction à la présente loi a été commise, ou qui peut constituer une preuve établissant qu'une semblable infraction a été commise.

(5) Where a narcotic or other thing has been seized under subsection (1), any person may, within two months from the date of such seizure, upon prior notification having been given to the Crown in the manner prescribed by the regulations, apply to a magistrate within whose territorial jurisdiction the seizure was made for an order of restoration under subsection (6).

(6) Subject to subsections (8) and (9), where upon the hearing of an application made under subsection (5) the magistrate is satisfied

(a) that the applicant is entitled to possession of the narcotic or other thing seized, and

(b) that the thing so seized is not or will not be required as evidence in any proceedings in respect of an offence under this Act,

he shall order that the thing so seized be restored forthwith to the applicant, and where the magistrate is satisfied that the applicant is entitled to possession of the thing so seized but is not satisfied as to the matters mentioned in paragraph (b), he shall order that the thing so seized be restored to the applicant

(c) upon the expiration of four months from the date of the seizure, if no proceedings in respect of an offence under this Act have been commenced before that time, or

(d) upon the final conclusion of any such proceedings, in any other case.

(7) Where no application has been made for the return of any narcotic or other thing seized under subsection (1) within two months from the date of such seizure, or an application therefor has been made but upon the hearing thereof no order of restoration is made, the thing so seized shall be delivered to the Minister who may make such disposition thereof as he thinks fit.

(8) Where a person has been convicted of an offence under section 3, 4 or 5, any narcotic seized under subsection (1), by means of or in respect of which the offence was committed, any money so seized that was used for the purchase of that narcotic and any hypodermic needle, syringe, capping machine or other apparatus so seized that was used in any manner in connection with the offence is forfeited to Her Majesty and shall be disposed of as the Minister directs.

(9) Where a person has been convicted of an offence under section 4 or 5, the court may, upon application by counsel for the Crown, order that any conveyance seized under subsection (1) that has been proved to have been used in any manner in connection with the offence be

(5) Lorsqu'un stupéfiant ou une autre chose a été saisi en vertu du paragraphe (1), toute personne peut, dans un délai de deux mois à compter de la date d'une telle saisie, moyennant avis préalable donné à la Couronne de la manière prescrite par les règlements, demander à un magistrat ayant juridiction dans le territoire où la saisie a été faite de rendre une ordonnance de restitution prévue au paragraphe (6).

(6) Sous réserve des paragraphes (8) et (9), lorsque, après audition de la demande faite selon le paragraphe (5), le magistrat est convaincu

a) que le requérant a droit à la possession du stupéfiant ou autre chose saisie, et

b) que la chose ainsi saisie n'est pas, ou ne sera pas, requise à titre de preuve dans des poursuites relatives à une infraction à la présente loi,

il doit ordonner que la chose ainsi saisie soit restituée immédiatement au requérant, et lorsque le magistrat est convaincu que le requérant a droit à la possession de la chose ainsi saisie, mais ne l'est pas quant à la question mentionnée à l'alinéa b), il doit ordonner que la chose ainsi saisie soit restituée au requérant

c) à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de cette saisie, si aucune poursuite relative à une infraction à la présente loi n'a été entamée avant l'expiration dudit délai, ou

d) dans tout autre cas, lorsqu'il a été définitivement statué sur ces poursuites.

(7) Lorsqu'il n'a été fait aucune demande concernant la remise de tout stupéfiant ou autre chose saisie conformément au paragraphe (1) dans un délai de deux mois à compter de la date de cette saisie, ou qu'une demande à cet égard a été faite mais, qu'après audition de la demande, aucune ordonnance de restitution n'a été rendue, la chose ainsi saisie doit être livrée au Ministre qui peut en disposer de la façon qu'il juge opportune.

(8) Lorsqu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction à l'article 3, 4 ou 5, tout stupéfiant saisi en conformité du paragraphe (1), au moyen ou à l'égard duquel l'infraction a été commise, tout argent ainsi saisi qui a été utilisé pour l'achat de ce stupéfiant ainsi que toute aiguille ou seringue hypodermique, toute machine pour la mise en capsules ou autre appareil ainsi saisis qui ont été utilisés de quelque façon en rapport avec l'infraction sont confisqués au profit de Sa Majesté et il doit en être disposé ainsi qu'en ordonne le Ministre.

(9) Lorsqu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction à l'article 4 ou 5, la cour peut, à la demande du procureur de la Couronne, ordonner que tout moyen de transport saisi en vertu du paragraphe (1), dont l'utilisation de quelque manière que ce soit en

forfeited, and upon such order being made the conveyance is forfeited to Her Majesty and, except as provided in section 11, shall upon the expiration of thirty days from the date of such forfeiture be disposed of as the Minister directs.

The broad delineation of the seizure power in s. 10(1) is of particular importance for the analysis of the legal issues in this appeal. That section allows an officer without a warrant to enter and search certain premises and seize things found therein which he reasonably believes are related to a narcotics offence or may be evidence of such an offence. Restoration under s. 10(6) is contingent on the presiding magistrate's being satisfied that the appellant is "entitled to possession" of the thing seized and that it is not required as evidence. Conversely, where as in the present case there is no evidentiary use for the property and no conviction has been entered, the Minister's custody under s. 10(7) of "things seized" is legitimate only where entitlement has not been demonstrated to the presiding magistrate's satisfaction. Thus, the crucial questions to be answered are what is meant by entitlement, who has the burden of its proof or disproof, and what is the standard of proof? Finally, it should be noted that "disentitlement" or forfeiture is mandated where the narrow conditions of s. 10(8) are met, *i.e.* where seized monies were used for the purchase of a narcotic in respect of which a person has been convicted of a narcotics offence.

3. The Courts Below

The decisions in the courts below reflect different approaches to the nature of the burden on the applicant to establish entitlement under s. 10(6)(a). Waisberg J. of the Ontario Provincial Court presided at the restoration hearing. He felt that entitlement should be narrowly construed since the consequence of failing to meet the test was to deprive an applicant of "several rights". Because of the original applicant's death there was no possible evidentiary use for the seized monies in this case. Judge Waisberg observed that if the

rapport avec l'infraction a été prouvée, soit confisqué, et, dès qu'une semblable ordonnance est rendue, le moyen de transport est confisqué au profit de Sa Majesté et, sauf ce que prévoit l'article 11, il doit à l'expiration de trente jours à compter de la date de cette confiscation en être disposé ainsi qu'en ordonne le Ministre.

Il est très important de décrire en gros le pouvoir de saisie accordé par le par. 10(1) pour analyser les questions juridiques soulevées par le présent pourvoi. Cet article permet à un agent de police de pénétrer sans mandat dans certains endroits, d'y perquisitionner et de saisir les choses qu'il y trouve et qu'il a des motifs raisonnables de croire reliées à une infraction relative aux stupéfiants ou qui peuvent servir de preuve d'une telle infraction. La restitution, par application du par. 10(6), dépend de la conviction du magistrat qui préside l'audience que l'appelant a «droit à la possession» de la chose saisie et que cette chose n'est pas requise à titre de preuve. Par contre, lorsque, comme en l'espèce, le bien ne sert pas d'élément de preuve et qu'il n'y a pas eu de déclaration de culpabilité, le Ministre ne peut légitimement, en vertu du par. 10(7), garder les «choses saisies» que si on n'a pas convaincu le magistrat du droit à la possession. Donc les questions déterminantes auxquelles il faut répondre sont: que signifie droit à la possession, à qui incombe le fardeau de la preuve à charge ou à décharge et quelle est la norme de preuve? Enfin, il faut souligner que la «dépossession» ou confiscation est obligatoire lorsque sont réalisées les conditions strictes du par. 10(8), c.-à-d. lorsque l'argent saisi a été utilisé pour l'achat d'un stupéfiant à l'égard duquel une infraction relative aux stupéfiants a été commise.

3. Les cours d'instance inférieure

Les décisions des cours d'instance inférieure révèlent différentes interprétations de la nature de l'obligation imposée au requérant pour prouver le droit à la possession en vertu de l'al. 10(6)a). Le juge Waisberg de la Cour provinciale de l'Ontario a présidé l'audition de la demande de restitution. Il a estimé qu'il faut interpréter droit à la possession de façon restrictive parce que l'incapacité de satisfaire à la condition a comme conséquence de priver le requérant de [TRADUCTION] «plusieurs droits». À cause du décès du requérant initial, l'argent saisi

matter had gone to trial there might well have been a conviction. Nevertheless, he felt satisfied that the current appellant was entitled to possession as administrator of the original applicant's estate. In his view, the suspected connection of the monies to drug trafficking did not defeat restoration. He made the requested order.

Smith J. [(1982), 1 C.C.C. (3d) 323] quashed the Provincial Court Judge's order on the basis of *Largie v. R.* (1982), 25 C.R. (3d) 289, a decision of the Ontario Court of Appeal which had been handed down in the interim. In his view, Waisberg Prov. Ct. J. had failed to take account of the rule of public policy that the courts will not permit a litigant to benefit from his or her crime. He rejected the appellant's argument that "when a claimant accused has died, the purpose behind the rule loses its legitimacy assuming the absence of any evidence that the representative is tainted", and thus "restoration should be made virtually for the asking". Such a result, to Smith J.'s mind, ignored the scheme of the legislation as defined in *Re Aimonetti and The Queen* (1981), 58 C.C.C. (2d) 164, a decision of the Manitoba Court of Appeal which was heavily relied on in *Largie, supra*. The Ontario Supreme Court in *Largie* had quashed the trial judge's restoration order on the basis of the rule of public policy. The Ontario Court of Appeal upheld that decision without, however, giving express approval to the reasoning on which it was based. Instead, Houlden J.A. adopted the approach of the majority in *Aimonetti* which, by reading s. 10 in its totality, found that the Minister's right to custody under s. 10(7) is directly proportionate to the scope of the seizure power in s. 10(1)(c). Thus, in order to obtain restoration an applicant must disprove the suspected relationship between the things seized and narcotics offences. Smith J. in the case at hand combined the public policy *rationale* with the textual analysis of *Aimonetti* in the following passage at p. 327:

Perhaps the matter might be put differently. When applying the public policy rule in the context of the

ne pouvait plus servir de preuve en l'espèce. Le juge Waisberg a fait remarquer que s'il y avait eu procès, il aurait bien pu y avoir déclaration de culpabilité. Cependant il s'est dit convaincu que l'appelant aux présentes avait droit à la possession à titre d'administrateur de la succession du requérant initial. À son avis, l'apparence de lien entre l'argent et le trafic de stupéfiant n'empêchait pas la restitution. Il a rendu l'ordonnance demandée.

Le juge Smith [(1982), 1 C.C.C. (3d) 323] a annulé la décision du juge de la Cour provinciale en se fondant sur l'arrêt *Largie v. R.* (1982), 25 C.R. (3d) 289, de la Cour d'appel de l'Ontario qui avait été rendu entre temps. À son avis, le juge Waisberg de la Cour provinciale n'avait pas tenu compte de la règle d'ordre public selon laquelle les tribunaux ne permettent pas à un justiciable de tirer profit de son crime. Il a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel [TRADUCTION] «une fois le requérant inculpé décédé, la règle perd sa légitimité dans l'hypothèse où il n'y a pas de preuve que la conduite du représentant a été viciée», de sorte que la restitution [TRADUCTION] «devrait se faire presque automatiquement sur demande». De l'avis du juge Smith, un tel résultat ne tient pas compte du régime juridique défini dans l'arrêt *Re Aimonetti and The Queen* (1981), 58 C.C.C. (2d) 164, de la Cour d'appel du Manitoba, sur lequel l'arrêt *Largie*, précité, s'appuie largement. Dans l'affaire *Largie*, la Cour suprême de l'Ontario avait annulé l'ordonnance de restitution rendue par le juge du procès en invoquant la règle d'ordre public. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette décision sans toutefois approuver expressément le raisonnement sur lequel elle se fondait. Le juge Houlden a plutôt adopté l'interprétation de la majorité dans l'arrêt *Aimonetti*, laquelle a conclu, en considérant l'ensemble de l'art. 10, que le droit de garde conféré au Ministre par le par. 10(7) a un rapport direct avec la portée du pouvoir de saisie conféré par l'al. 10(1)c). Ainsi, pour obtenir la restitution, un requérant doit repousser l'apparence de lien entre les choses saisies et les infractions relatives aux stupéfiants. Le juge Smith a, en l'espèce, allié le motif d'ordre public à l'analyse textuelle de l'arrêt *Aimonetti* dans l'extrait suivant, à la p. 327:

[TRADUCTION] On peut peut-être énoncer la question différemment. Quand ils ont appliqué la règle d'ordre

seizure provisions of the *Narcotic Control Act*, the courts have tended to apply the taint to the "thing" or the monies rather than to the applicant. And that view is supported by the wording of the section.

This hybrid version of the two approaches perhaps obscures the importance of the distinction between them for the purposes of this case. However, the core of Smith J.'s reasoning is that once one replaces the person-specific approach of an analysis based on the rule of public policy with the thing-specific approach of an analysis based on the statutory text, the innocence of the person applying for restoration becomes irrelevant.

The Ontario Court of Appeal [(1983), 3 C.C.C. (3d) 575] upheld Smith J.'s decision to quash in very short reasons written by Lacourcière J.A. However, Lacourcière J.A.'s analysis appears to be a reversion to the public policy *rationale* so carefully avoided by the Court of Appeal in *Largie*. He founds his decision on the view [at pp. 575-76] that "the appellant as administrator of the deceased's estate can be in no better position to claim the restoration of the funds, the apparent proceeds of the alleged crime, than the alleged deceased perpetrator". Implicit in that position is the belief that the person-specific public policy rule applies and that the entire case therefore turns on the peculiar fact that the applicant is an innocent representative of the allegedly non-innocent original applicant.

This divergence in analytic approach in the decisions below reflects a divergence in jurisprudential treatment of s. 10(6)(a) generally. B. R. Shilton in his article "Drug Moneys—The Fruits of Crime?" 25 C.R. (2d) 294, has identified three conceptually distinct judicial interpretations of s. 10(6)(a) entitlement. The parties to this appeal admit of two possible approaches in their written argument. An examination of the restoration hearing transcript reveals that a third restrictive interpretation was proposed by the appellant at first instance and, indeed, was accepted by Waisberg Prov. Ct. J. as being the most appropriate approach. For convenience I will label the three interpretive ap-

public dans le contexte des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* relatives aux saisies, les tribunaux ont eu tendance à appliquer la viciation à l'objet ou à l'argent plutôt qu'au requérant. La rédaction de l'article étaye ce point de vue.

Cette version hybride des deux points de vue obscurcit peut-être l'importance de la distinction entre elles aux fins de l'espèce. Cependant, l'essentiel du raisonnement du juge Smith est que dès que l'on remplace l'analyse centrée sur la personne, fondée sur la règle d'ordre public, par une analyse centrée sur la chose, fondée sur le texte de loi, l'innocence de l'auteur de la demande de restitution perd toute importance.

La Cour d'appel de l'Ontario [(1983), 3 C.C.C. (3d) 575] a confirmé la décision du juge Smith d'annuler la première décision dans de très courts motifs rédigés par le juge Lacourcière. L'analyse du juge Lacourcière semble toutefois constituer un retour au motif d'ordre public si soigneusement évité par la Cour d'appel dans l'arrêt *Largie*. Il appuie sa décision sur l'opinion [aux pp. 575 et 576] que [TRADUCTION] «l'appelant, à titre d'administrateur de la succession de celui qui serait l'auteur du crime imputé, ne peut pas être en meilleure posture que lui pour demander la restitution des fonds qui paraissent être le fruit de ce crime». Ce point de vue dit implicitement que la règle d'ordre public centrée sur la personne s'applique et que toute l'affaire dépend du fait précis que le requérant est le représentant innocent du requérant initial qui, prétend-on, n'aurait pas été innocent.

Cette différence dans la façon d'analyser qu'on retrouve dans les décisions des juridictions inférieures correspond à une différence de traitement de l'al. 10(6)a) dans la théorie juridique de façon générale. Dans son article intitulé «Drug Moneys—The Fruits of Crime?» 25 C.R. (2d) 294, B. R. Shilton a relevé trois interprétations judiciaires essentiellement distinctes du droit à la possession visé à l'al. 10(6)a). Les parties au présent pourvoi reconnaissent deux interprétations possibles dans leurs plaidoiries écrites. L'examen de la transcription de l'audition de la demande de restitution révèle que l'appelant a, en première instance, proposé une troisième interprétation restric-

proaches as follows: (1) the simple proof of entitlement approach; (2) the public policy approach; and (3) the legislative text approach. The unusual fact of the original applicant's death throws into sharp relief the conceptual distinction between the latter two approaches. Generally, an applicant is the person from whom the things in question were originally seized. From that perspective, the effect of the public policy approach and the legislative text approach is the same, *i.e.*, an applicant must disprove "taint" in order to show entitlement. However, standing under the Act is quite broad; it allows "any person" to apply for restoration. If that person has no connection to the reasonable suspicion which prompted the seizure in the first place, the difference between the two approaches, as Lacourcière J.A.'s decision demonstrates, becomes very important. If the taint attaches to the person, then the appellant's innocent representative status may be significant. But, if the taint attaches to the thing seized, as Smith J. concluded, then the innocent status of the applicant may be irrelevant. It must be remembered, however, that this dichotomy arises only if one rejects the first approach which simply requires an applicant to prove entitlement.

It was suggested by counsel for the respondent that the appellant made a concession in the course of the restoration hearing which concludes the case against him and obviates the need to discuss the distinctions between the various approaches. I would respectfully disagree. At the hearing the appellant's counsel argued that, since forfeiture could only occur under the conditions set out in s. 10(8), the first approach, namely simple proof of entitlement, was all that was required of an applicant in order to succeed on his application. He went on to concede that, if he was wrong in that and had to prove in addition the absence of taint, he would be unable to discharge that burden. Accordingly, if the Court were to find that the rule

tive que le juge Waisberg a effectivement acceptée comme la plus appropriée. Pour faciliter les choses, je désignerai les trois interprétations de la façon suivante: (1) l'interprétation fondée sur la seule preuve du droit à la possession; (2) l'interprétation fondée sur l'ordre public et (3) l'interprétation fondée sur le texte de loi. L'événement inhabituel du décès du requérant initial vient nettement faciliter la distinction conceptuelle entre les deux dernières interprétations. En général, le requérant est celui de qui les choses en cause ont été saisies en premier lieu. Dans ces circonstances, la conséquence de l'interprétation fondée sur l'ordre public est la même que celle de l'interprétation fondée sur le texte de loi, *c.-à-d.* que pour établir son droit à la possession, le requérant doit écarter l'apparence de «viciation». Par contre, le droit d'agir, en vertu de la Loi, est très général; il permet à «toute personne» de demander la restitution. Si cette personne n'a rien à voir avec les soupçons suffisants qui ont d'abord déclenché la saisie, la différence entre les deux interprétations est très importante, comme le démontre la décision du juge Lacourcière. Si la viciation s'attache à la personne, alors l'innocence de l'appelant en tant que représentant peut avoir de l'importance. Par contre, si la viciation s'attache à l'objet saisi, comme le juge Smith l'a conclu, alors l'innocence du requérant peut ne pas avoir d'importance. Il faut se rappeler cependant que la distinction ne s'applique que si l'on rejette la première interprétation qui exige simplement que le requérant prouve qu'il a droit à la possession.

L'avocat de l'intimée a soutenu que l'appelant a fait une concession pendant l'audition de la demande de restitution qui règle l'affaire contre lui et rend inutile l'étude des distinctions qui existent entre les différentes interprétations. Avec égards, je ne suis pas de cet avis. À l'audition, l'avocat de l'appelant a soutenu que, puisque la confiscation ne pouvait avoir lieu que dans les conditions énoncées au par. 10(8), la première interprétation, *c.-à-d.* la seule preuve du droit à la possession, était la seule condition à remplir par le requérant pour qu'il ait gain de cause. Il a poursuivi en reconnaissant que, s'il avait tort et s'il devait de plus prouver l'absence de viciation, il serait incapable de faire cette preuve. En conséquence, si la

of public policy operated *vis-à-vis* innocent representatives of less worthy litigants, this concession would be fatal to the appellant's case under both the public policy and the legislative text approaches. The concession would be irrelevant, however, if the Court were to find, as did Waisberg Prov. Ct. J., that all s. 10(6)(a) requires is proof of the right to possession. Thus, at the very least the Court must discuss the merits of the first analytic approach. Then, if that analysis is rejected, it must go on to discuss the viability of the argument that a claim by an innocent representative should not be defeated by the taint associated with the original claimant. If the result is again negative, only then does the appellant's concession disqualify him from success. However, it would be difficult to discuss fully the merits of any of the possible approaches to s. 10(6)(a) entitlement without reviewing the divergent lines of jurisprudence. I propose therefore not to limit my analysis of the section in the way suggested by respondent's counsel.

4. The Jurisprudence

Much of the jurisprudence is in the nature of magistrate or provincial court decisions and is therefore reported only through incorporation in appellate decisions reviewing by way of *certiorari*. In addition, many of the decisions fail to distinguish between the latter two approaches, viewing them as one and the same or as different versions of each other. Nevertheless, it is possible to separate out the various strands of analysis.

(a) The Simple Proof of Entitlement Approach

The cases adopting the first approach, which is a strict approach to the concept of legal entitlement, largely depend on the argument that forfeiture should only occur under s. 10(8) and that penal statutes and statutes depriving a person of proprietary rights should be strictly construed. Implicit in the reasoning is the notion that the reasonable suspicion which gives rise to a s. 10 search and seizure should not operate as a finding of guilt

Cour devait conclure que la règle d'ordre public s'applique à des représentants innocents de requérants moins respectables, cette concession pouvait être fatale pour l'appelant en vertu aussi bien de l'interprétation fondée sur l'ordre public que de celle fondée sur le texte de loi. La concession pourrait cependant être sans importance si la Cour devait conclure, comme le juge Waisberg l'a fait, que l'al. 10(6)a exige uniquement la preuve du droit à la possession. Donc la Cour doit à tout le moins étudier le fond de la première analyse. Puis, si elle rejette cette analyse, elle doit ensuite étudier la viabilité de l'argument selon lequel la viciation liée au requérant initial ne doit pas causer le rejet de la réclamation d'un représentant innocent. Si là encore la conclusion est négative, ce n'est qu'à ce moment que la concession de l'appelant l'empêche d'avoir gain de cause. Cependant il serait difficile d'étudier complètement le fond de l'une ou l'autre des interprétations possibles du droit à la possession visé à l'al. 10(6)a sans passer en revue les courants divergents de la théorie juridique. Je propose donc de ne pas limiter mon analyse de l'alinéa de la façon suggérée par l'avocat de l'intimée.

4. La théorie juridique

La plus grande partie de la théorie juridique est composée de décisions de magistrats ou de cours provinciales et ne figure dans les recueils que par mention dans les arrêts qui en font l'examen par voie de *certiorari*. De plus, bon nombre des décisions ne font pas de distinction entre les deux dernières interprétations, les considérant comme un tout ou comme étant des versions différentes de la même. Cependant il est possible de démêler les différents fils des analyses.

a) L'interprétation fondée sur la seule preuve du droit à la possession

Les décisions fondées sur la première interprétation, laquelle constitue une interprétation stricte du concept de droit légitime à la possession, reposent largement sur l'argument que la confiscation ne devrait avoir lieu qu'aux conditions prévues au par. 10(8) et que les lois pénales et les lois qui privent les citoyens de droits de propriété doivent recevoir une interprétation stricte. Il y a implicitement dans ce raisonnement la notion qu'un soup-

unless there is compliance with the normal rules of proof.

In *Burgess v. The Queen* (1975), 18 Cr.L.Q. 254, one of the earliest reported cases, Rice Prov. Ct. J., after finding that the terms of s. 10(8) could not be met even after conviction, concluded that the main issue was the evidentiary use of the seized monies. He thereby assumed that the Minister could not retain the monies under s. 10(7) on any other basis. This diminished reading of the purpose of the Minister's custody is confirmed by Rice Prov. Ct. J.'s treatment of s. 10(6)(a) in the hearing at first instance in *Largie, supra*. There he held, according to Houlden J.A., that entitlement in s. 10(6)(a) "was used in the legal sense, not in the moral sense and that if the appellant could show that he was entitled to possession of the money as opposed to any other person, he was entitled to an order of restoration": see *Largie, supra*, at p. 291.

The same assumption is implicit in *Smith (M.J.) v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 196, a case which arose out of a civil action against the Minister to reclaim monies seized in a s. 10 search but for which no s. 10 application had ever been made. The accused had pleaded guilty to an offence under the *Narcotic Control Act*. There was no indication in the evidence that the monies were related to that offence. Addy J., like Rice Prov. Ct. J., was of the view that, where there was no evidentiary use for the property and no forfeiture under s. 10(8), entitlement was simply a question of who was the most likely owner or had the right to possession. Property rights were not subject to the applicant's disproof of taint. Quite the contrary; the Minister's s. 10(7) possessory right was subject to the proprietary rights of interested persons. He stated at pp. 199-200:

çon raisonnable qui donne lieu à fouille et saisie en vertu de l'art. 10 ne devrait pas avoir les conséquences d'une conclusion de culpabilité à moins qu'on ait suivi les règles ordinaires de preuve.

a

Dans l'affaire *Burgess v. The Queen* (1975), 18 Cr.L.Q. 254, une des premières décisions publiées, après avoir conclu que les conditions du par. 10(8) ne pouvaient pas être remplies, même après une déclaration de culpabilité, le juge Rice de la Cour provinciale a conclu que la question déterminante était l'utilisation en preuve de l'argent saisi. Il a en conséquence présumé que le Ministre ne pouvait garder l'argent par application du par. 10(7) pour quelque autre motif. Cette interprétation restrictive du but du droit de garde du Ministre est confirmée par le sens que le juge Rice a donné à l'al. 10(6)a en première instance dans l'affaire *Largie*, précitée. Selon le juge Houlden, il a conclu que le «droit à la possession» à l'al. 10(6)a [TRADUCTION] «était employé dans le sens juridique et non dans le sens moral et que, si l'appelant pouvait démontrer qu'il avait droit à la possession de l'argent à l'exclusion de toute autre personne, il avait droit à une ordonnance de restitution»: voir l'arrêt *Largie*, précité, à la p. 291.

f

La même présomption est implicite dans l'affaire *Smith (M.J.) c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 196, qui découle d'une action civile intentée contre le Ministre en restitution de l'argent saisi au cours d'une perquisition menée par application de l'art. 10, mais pour laquelle aucune demande en vertu de l'art. 10 n'avait jamais été faite. L'accusé avait reconnu sa culpabilité à une infraction à la *Loi sur les stupéfiants*. Rien dans la preuve n'indiquait que l'argent était relié à cette infraction. Le juge Addy, comme le juge Rice, a conclu que, lorsque le bien n'est pas nécessaire à la preuve et qu'il n'y a pas eu confiscation par application du par. 10(8), le droit à la possession repose simplement sur la question de savoir qui est plus probablement le propriétaire ou qui y a droit. Le droit de propriété ne dépend pas de la preuve faite par le requérant de l'absence de viciation. Bien au contraire; le droit de possession du Ministre prévu au par. 10(7) est assujéti au droit de propriété des personnes intéressées. Il dit aux pp. 199 et 200:

It is obvious that section 10(8), in addition to providing that the Minister may direct the disposition of money seized, specifically stipulates that any money seized which was used for the purchase of a narcotic is forfeited to Her Majesty. This is the only case where any provision is made as to forfeiture of monies and it is clear from the admitted facts, in the case at bar, that the monies in question were not so used. Altogether apart from the principle that if a statute purporting to forfeit a property right must specifically state so, in view of the specific provisions as to forfeiture in subsection (8), I must conclude that subsection (7) does not in any way provide for the forfeiture of any property right or any right to possession since no forfeiture is mentioned in that subsection. Thus, the discretion of the Minister in that particular subsection is subject to any property rights of persons interested in the "thing" seized.

And later at p. 201:

It seems quite clear to me that subsections (5) and (7) of section 10 are merely procedural and custodial. They provide a ready mechanism for a person to obtain by some re-application the return of anything which has been seized and also provide for the custody of same in the event of any application not being made or in the event of the application being denied. They do not either explicitly or by necessary implication cause any property right to be forfeited.

I might add that if, in enacting these subsections, the Parliament of Canada did purport to provide that any money whatsoever, seized in a police raid under the *Narcotic Control Act*, including money which is not eventually connected with the commission of a criminal offence, would be forfeited to the Crown in the right of Canada in the event of an application not being made for the return of same within two months, then, these provisions would be *ultra vires* as infringing on the property and civil rights jurisdiction of the provinces.

By employing the language of *ultra vires* and of interference with property rights Addy J. articulates the underlying *rationale* of the first approach. From this standpoint the scope of entitlement in s. 10(6)(a) is bounded on the one hand by the presumption of innocence and on the other hand by the presumption of constitutionality. The presumption of innocence addresses the impropriety in terms of fundamental principles of criminal law of the imposition of a penalty of forfeiture where there has been no proof that an

Il est manifeste que l'article 10(8), en plus de prévoir qu'il peut être disposé de l'argent saisi ainsi qu'en ordonne le Ministre, stipule expressément que tout argent saisi ayant été utilisé pour l'achat d'un stupéfiant est confisqué au profit de Sa Majesté. C'est le seul cas prévu pour la confiscation de sommes d'argent et il ressort clairement des faits admis en l'espèce, que les sommes d'argent en cause n'ont pas été utilisées à cette fin. Mis à part le principe suivant lequel une loi ayant pour objet la déchéance d'un droit de propriété, doit énoncer expressément, je dois conclure, compte tenu des dispositions spécifiques du paragraphe (8) relatives à la confiscation que le paragraphe (7) ne prévoit aucunement la déchéance d'un droit de propriété ou d'un droit de possession puisqu'il n'en fait pas mention. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire du Ministre en vertu dudit paragraphe est sujet à tout droit de propriété des personnes intéressées dans la «chose» saisie.

Il dit aussi à la p. 201:

Il me paraît évident que les paragraphes (5) et (7) de l'article 10 portent sur de simples questions de procédure et ne prévoient qu'un pouvoir de garde. Ils assurent à un individu un mécanisme commode pour obtenir, par une nouvelle demande, la restitution d'une chose saisie et ils prévoient en outre la garde de cette chose au cas où aucune demande n'est présentée ou lorsqu'une demande est rejetée. Ils n'entraînent ni explicitement ni implicitement la déchéance d'un droit de propriété.

Je pourrais ajouter que si le législateur avait voulu prévoir, en adoptant ces paragraphes, qu'une somme d'argent quelconque, saisie au cours d'une descente de police en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*, y compris l'argent qui s'avérerait ne pas être relié à la perpétration d'une infraction criminelle, serait confisquée au profit de la Couronne du chef du Canada au cas où aucune demande de restitution n'était présentée dans un délai de deux mois, ces dispositions seraient alors *ultra vires* puisqu'elles empièteraient sur la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils.

En parlant d'*ultra vires* et d'empiètement sur la compétence en matière de propriété, le juge Addy exprime la raison d'être de la première interprétation. Selon ce point de vue, la portée du droit mentionné à l'al. 10(6)a) est bornée d'une part par la présomption d'innocence et d'autre part par la présomption de constitutionnalité. La présomption d'innocence s'attaque au problème que pose, du point de vue des principes fondamentaux du droit criminel, l'imposition d'une peine de confiscation alors qu'il n'y a pas eu preuve qu'une infraction

offence associated with the goods has been committed. The presumption of constitutionality addresses the impropriety in terms of legislative competence of federal legislative interference with property rights apart from any valid federal objective.

The decision of the Manitoba Court of Appeal in *Re Hicks and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 91, takes this same narrow interpretive approach. The case deals with s. 10(9) which is exclusively concerned with forfeiture of seized conveyances. Subsection 10(6) is subject to ss. 10(8) and 10(9). At the restoration hearing the Crown argued that "subject to" meant that s. 10(9) should prevail until it was established that its terms could not be met. The applicant argued that this restricted s. 10(6) to a very limited operation as the class of things liable to seizure under s. 10(1)(c) but not liable to forfeiture under ss. 10(8) and 10(9) is almost non-existent. The majority at the Court of Appeal quashed the order denying restoration at first instance. Although the applicant had not disproved taint, it was felt that the requirements of ss. 10(6)(a) and (b) had nevertheless been met. Hall J.A., with whom three others concurred, found that an order granting restoration is not necessarily inconsistent with a later order of forfeiture. In the course of his reasons he stated at p. 95:

It is here appropriate to observe that statutes of this nature should be strictly construed. Deprivation of property as provided in the *Narcotic Control Act* is, to say the least, an extraordinary measure; that is not to say it is bad but rather the remedy of restoration and the ultimate penalty of forfeiture need to be reviewed in the context of the Act providing for them. Clear terms are required before depriving a person of his property, either temporarily or permanently.

Both Addy J. and Hall J.A. describe the principle of strict construction in terms of deprivation of property. However, such deprivation is not unusual under criminal statutes although, as Addy J. has pointed out, an attempt by Parliament to expropriate property for a purpose which is outside federal competence would likely be *ultra vires*. Alterna-

reliée à la chose a été commise. La présomption de constitutionnalité s'attaque au problème, du point de vue de la compétence législative, pour le fédéral de légiférer sur la propriété autrement que pour une fin fédérale valable.

L'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba *Re Hicks and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 91, adopte la même interprétation restrictive. L'affaire porte sur le par. 10(9) qui vise exclusivement la confiscation de moyens de transport saisis. Le paragraphe 10(6) s'applique sous réserve des par. 10(8) et 10(9). À l'audition de la demande de restitution, la poursuite a soutenu que «sous réserve de» signifiait que le par. 10(9) devait s'appliquer jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions qu'il pose ne pouvaient pas être remplies. Le requérant a soutenu que cela restreignait énormément l'application du par. 10(6) puisque la catégorie de choses susceptibles de saisie en vertu de l'al. 10(1)c), mais non susceptibles de confiscation en vertu des par. 10(8) et 10(9), est presque non existante. La Cour d'appel, à la majorité, a annulé l'ordonnance de première instance qui refusait la restitution. Bien que le requérant n'ait pas réfuté la viciation, on a estimé que les conditions des al. 10(6)a) et b) avaient néanmoins été remplies. Le juge Hall, aux motifs duquel trois autres juges ont souscrit, a conclu qu'une ordonnance accordant la restitution n'est pas nécessairement incompatible avec une ordonnance subséquente de confiscation. Il dit dans ses motifs à la p. 95:

[TRADUCTION] Il y a lieu de signaler en l'espèce qu'il faut interpréter les lois de cette nature de façon stricte. La dépossession prévue dans la *Loi sur les stupéfiants* est, à tout le moins, une mesure extraordinaire, non dans le sens qu'elle est mauvaise, mais dans le sens que la réparation que constitue la restitution et la peine ultime que constitue la confiscation doivent être considérées dans le contexte de la Loi qui les impose. Il faut un texte clair pour pouvoir priver quelqu'un de son bien de façon temporaire ou permanente.

Le juge Addy et le juge Hall définissent tous deux le principe d'interprétation stricte en fonction de la dépossession d'un bien. Cependant, cette dépossession n'est pas inusitée en vertu des lois criminelles bien que, comme le juge Addy le souligne, la tentative de la part du législateur d'exproprier un bien à une fin qui ne relève pas de la

tively, the rule can be described in terms of a presumption favouring strict construction of penal statutes. Indeed, this seems to be the context in which Waisberg Prov. Ct. J. invoked a restrictive interpretive approach in the present case. Although he explained that he was doing so because forfeiture deprives the accused of "several rights", he also pointed out that the *Narcotic Control Act* is a statute "involving criminal prosecution", that all criminal matters with regard to the original applicant came to an end with his death, and that there has never been a final adjudication of guilt or innocence.

The principle of strict construction of penal statutes, however, is problematic. This Court in *R. v. Robinson*, [1951] S.C.R. 522, determined that no such general rule exists in Canadian criminal law. Admittedly subsequent cases have modified that position. However, the impropriety of requiring an applicant to disprove taint in a s. 10 restoration hearing does not stem simply from an assertion, dubious since *Robinson*, that it is improper to give a large and remedial reading to criminal provisions. Rather, the impropriety relates to the use of that broad interpretive approach to undermine the presumption of innocence which traditionally places the burden of proof on the Crown. Although it is clear from the case law under the *Canadian Bill of Rights* that it is open to Parliament to enact exceptions to the presumption of innocence, s. 2 of the *Canadian Bill of Rights*, if nothing else, expressly requires that any such exceptions be strictly construed. That section reads in part:

[Construction of law]

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

compétence fédérale constituerait probablement un excès de pouvoir. On peut par contre qualifier la règle de présomption en faveur de l'interprétation stricte des lois pénales. En réalité, il semble que ce soit le contexte dans lequel le juge Waisberg a eu recours à l'interprétation restrictive en l'espèce. Bien qu'il ait expliqué qu'il le faisait parce que la confiscation prive l'accusé de «plusieurs droits», il signale également que la *Loi sur les stupéfiants* est une loi [TRADUCTION] «comportant poursuite criminelle», que le décès du requérant initial a mis un terme à tous les aspects criminels et qu'il n'y a jamais eu de décision finale sur son innocence ou sa culpabilité.

Le principe d'interprétation stricte des lois pénales est problématique. Dans l'arrêt *R. v. Robinson*, [1951] R.C.S. 522, cette Cour a statué qu'il n'existe pas de règle générale à cet effet en droit criminel canadien. La jurisprudence postérieure a sans aucun doute modifié cette affirmation. Cependant, le problème d'exiger du requérant qu'il réfute la viciation lors d'une audition tenue en application de l'art. 10 ne découle pas uniquement de l'affirmation, mise en doute depuis l'arrêt *Robinson*, qu'il est incorrect de donner une interprétation générale et réparatrice aux dispositions de droit criminel. Le problème découle plutôt de l'emploi d'une interprétation large dont l'effet est de saper la présomption d'innocence qui, par tradition, impose le fardeau de la preuve à la poursuite. Bien qu'il ressorte clairement de la jurisprudence relative à la *Déclaration canadienne des droits* qu'il est loisible au législateur d'adopter des exceptions à la présomption d'innocence, l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, à tout le moins, exige expressément que ces exceptions reçoivent une interprétation stricte. Voici un extrait de cet article:

[Interprétation de la législation]

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

(f) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, or of the right to reasonable bail without just cause; . . .

Thus the unwillingness to apply the mischief rule to s. 10(6)(a) which is manifested in the decisions adopting the first analytic approach has a solid legal foundation in both the *Canadian Bill of Rights* and common law principles of criminal justice.

The case of *Re Collins and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 377, comes closest to articulating fully the inconsistency between an enlarged definition of entitlement and fundamental principles of criminal law. The case concerned a post-acquittal restoration hearing at which the trial judge denied restoration. The Quebec Court of Appeal overturned his decision. Montgomery J.A.'s reasons at p. 378 are brief and to the point:

The practical effect of the judgment refusing the order of restoration is to subject respondent to a heavy fine for an offence of which he has been acquitted. This is contrary to the principle of *autrefois acquit*, and I cannot agree that it was Parliament's intention that s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, should bear such a meaning.

This amounts to a statement that forfeiture can and should only take place under s. 10(8). McCarthy J.A., with whom Jacques J.A. concurred, acknowledges that s. 10 places the burden of disproof of taint on an applicant but finds that it is an error of law not to consider the applicant's acquittal when applying the test of entitlement. He states at pp. 380-81:

In fact, it is only because the police believed that an offence under the *Narcotic Control Act* had been committed that they were able to carry out the seizure (s. 10(1)(c)). The innocence of the accused with respect to the offence for which he is charged is settled once and for all (except for appeal, which is not the present case)

f) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé, ou la privant sans juste cause du droit à un cautionnement raisonnable; . . .

Donc, la réticence à appliquer à l'al. 10(6)a) la règle relative à la situation à corriger, qui ressort manifestement des décisions qui ont adopté la première interprétation, a de solides justifications juridiques tant en vertu de la *Déclaration canadienne des droits* que des principes de droit criminel en *common law*.

L'arrêt *Re Collins and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 377, est celui qui énonce le plus clairement l'incompatibilité qu'il y a entre la définition plus générale du droit à la possession et les principes fondamentaux de droit pénal. L'affaire porte sur l'audition d'une demande de restitution tenue après acquittement au cours de laquelle le juge de première instance a refusé la restitution. La Cour d'appel du Québec a infirmé sa décision. Les motifs du juge Montgomery sont brefs et directs. Il dit à la p. 378:

[TRADUCTION] La décision de refuser l'ordonnance de restitution a comme conséquence pratique d'imposer à l'intimé une lourde amende pour une infraction dont il a été acquitté. Cela est contraire au principe d'*autrefois acquit*, et je ne puis admettre que le législateur a voulu que l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1 ait ce sens.

Ceci équivaut à affirmer que la confiscation ne peut et ne devrait avoir lieu que par application du par. 10(8). Le juge McCarthy, aux motifs duquel le juge Jacques a souscrit, reconnaît que l'art. 10 impose au requérant l'obligation de réfuter la viciation, mais conclut que c'est une erreur de droit de ne pas tenir compte de l'acquittal du requérant pour juger du droit à la possession. Il dit aux pp. 380 et 381:

[TRADUCTION] En réalité, ce n'est que parce que les policiers ont cru qu'une infraction à la *Loi sur les stupéfiants* avait été commise qu'ils ont pu procéder à la saisie (al. 10(1)c)). L'innocence de l'accusé à l'égard de l'infraction dont il a été accusé est déterminée une fois pour toute (sauf appel, il n'y en a pas eu en l'espèce) par

by his acquittal. I do not believe that Parliament wished that the accused be obliged to convince the judge of his innocence, whether the same judge or another judge, a second time, or to convince him of his innocence with respect to offences with which he has not even been charged, in order to regain possession of a thing which had been seized.

Again, there is an implicit assumption that forfeiture can only occur upon a finding of guilt. Unfortunately, McCarthy J.A. does not address the issue of why in a pre-trial situation it is not likewise an error of law to require an applicant to disprove guilt on pain of forfeiture with respect to offences with which he or she may not be charged, or if charged, of which he or she may not be convicted. That issue is central to the resolution of the present appeal.

Finally, in *R. v. Molina* (1985), 7 O.A.C. 235, the Ontario Court of Appeal refrained from clarifying and reinforcing its decision in *Largie, supra*, and from making a clear pronouncement with regard to onus of proof of "taint" in s. 10(6)(a). Vanek Prov.Ct.J. had restored seized monies to an applicant in spite of finding that the applicant was "reluctant, unwilling or unable to provide a satisfactory explanation of the source from which all this money was generated, and how it came to be accumulated". Neither *Aimonetti, supra*, nor *Largie, supra*, nor the provisions of the *Narcotic Control Act* in Vanek J.'s view justified the conclusion that there is an onus on an applicant to prove that seized monies were not derived from traffic in drugs. As the Crown had failed to adduce any evidence on which he could reasonably conclude that the monies were tainted, he restored them. The Court of Appeal quashed the trial judge's restoration order. Grange J.A., in oral reasons for the Court, based his decision on a finding that Vanek J.'s assessment of the evidence was in error and that the Crown had provided enough evidence on which one could reasonably conclude that the applicant acquired the seized monies from drug trafficking. In doing so Grange J.A. not only sidesteps the question of onus but

son acquittement. Je ne crois pas que le législateur ait voulu que l'accusé doive convaincre le juge de son innocence, qu'il s'agisse du même juge ou d'un autre juge, une seconde fois ou le convaincre de son innocence à l'égard d'infractions dont il n'a même pas été accusé pour obtenir la restitution d'une chose saisie.

Il y a là aussi présomption implicite que la confiscation ne peut avoir lieu qu'après déclaration de culpabilité. Malheureusement, le juge McCarthy n'examine pas pourquoi, lors d'une demande avant le procès, ce n'est pas une erreur de droit que d'exiger du requérant qu'il prouve l'absence de culpabilité, sous peine de confiscation, à l'égard d'infractions pour lesquelles il peut ne pas être accusé ou, s'il l'était, dont il ne serait peut-être pas déclaré coupable. Cette question est déterminante pour la solution du présent pourvoi.

Enfin, dans l'arrêt *R. v. Molina* (1985), 7 O.A.C. 235, la Cour d'appel de l'Ontario s'est abstenue de clarifier et de confirmer son arrêt *Largie*, précité, et de se prononcer clairement sur le fardeau de la preuve relativement à la «viciation» visée à l'al. 10(6)a). Le juge Vanek de la Cour provinciale avait restitué à un requérant les sommes saisies malgré la conclusion que le requérant était [TRADUCTION] «peu disposé à fournir une explication satisfaisante de la provenance de l'argent ou incapable de le faire et de dire comment il l'avait amassé». Ni les arrêts *Aimonetti* ou *Largie*, précités, ni les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* ne justifiaient, de l'avis du juge Vanek, la conclusion que le requérant était tenu de prouver que l'argent saisi ne provenait pas de trafic de stupéfiants. Comme la poursuite n'avait apporté aucun élément de preuve qui permettait de conclure que l'argent était vicié, il en a ordonné la restitution. La Cour d'appel a annulé cette ordonnance de restitution. Le juge Grange, dans des motifs prononcés à l'audience pour la Cour d'appel, a fondé sa décision sur la conclusion que l'appréciation de la preuve faite par le juge Vanek était erronée et que la poursuite avait fourni suffisamment d'éléments de preuve pour conclure que le requérant avait obtenu l'argent grâce au trafic de stupéfiants. Ce faisant, le juge Grange a non seulement esquivé la question du fardeau de la preuve, mais il a également donné une interpréta-

also gives a very cautious reading to *Largie* and *Aimonetti* as follows at p. 238:

It appears clear to us that whatever the onus may be and wherever it may lie, the application may be refused if the magistrate concludes that the money resulted from an illegal trade in narcotics. This is precisely what was held in *Aimonetti* at p. 172 and approved in *Largie* at p. 511.

(b) The Public Policy Approach

The requirement that an applicant disprove taint because of "the well known rule of public policy" is found by reading "entitled" in s. 10(6)(a) as meaning "lawfully entitled". This triggers the application of the maxim *ex turpi causa non oritur actio*. Failure to consider this rule of public policy constitutes the requisite "error of law" on the basis of which a superior court reviewing on *certiorari* can quash a magistrate's decision. In order to prove lawful entitlement an applicant is usually called upon to demonstrate that the monies came from a legitimate source and are therefore not the profits of crime. It is generally accepted that the rule is person-specific, *i.e.*, that what is abhorrent to public perception is the spectacle of the actual wrongdoer reaping the benefits of his or her wrongdoing with the compliance, if not the assistance, of the courts. From this standpoint the appellant's assertion that his status as an innocent representative undermines the purpose of the rule is crucial to his success in the current appeal. The cases can be divided into two categories: (1) those in which the turpitude which triggers the rule consists of a reasonable belief on the part of the authorities that the monies seized are related to a narcotics offence, and (2) those in which the suspected taint has been confirmed by the applicant's own admissions.

The cases of *Re Regina and Blaney* (1979), 50 C.C.C. (2d) 395, Hughes J.'s decision in *Largie*, and *Sowrey v. Minister of National Health and Welfare*, [1985] 1 W.W.R. 85 fall into the first category. In *Blaney* the parties foreclosed discussion of the operation of *ex turpi causa* in this

tion très prudente aux arrêts *Largie* et *Aimonetti* de la façon suivante, à la p. 238:

[TRADUCTION] Il nous paraît clair que, quel que soit le fardeau de la preuve et celui à qui il incombe, il est possible de refuser la demande si le magistrat conclut que l'argent a été obtenu grâce à un commerce illégal de stupéfiants. C'est précisément ce qui a été décidé dans *Aimonetti* à la p. 172 et approuvé dans *Largie* à la p. 511.

^b b) L'interprétation fondée sur l'ordre public

L'obligation pour un requérant de réfuter la viciation en raison de [TRADUCTION] «la règle bien connue d'ordre public» découle de l'interprétation de l'expression «droit à la possession» à l'al. 10(6)a) comme si elle signifiait «un droit légitime à la possession». Cette interprétation donne lieu à l'application de la maxime *ex turpi causa non oritur actio*. L'omission de tenir compte de cette règle d'ordre public constitue «l'erreur de droit» nécessaire pour qu'une cour supérieure puisse, à l'occasion d'un examen par voie de *certiorari*, annuler la décision d'un magistrat. Pour pouvoir établir son droit à la possession, le requérant doit normalement démontrer que l'argent provient d'une source légitime et en conséquence n'est pas le fruit du crime. Il est généralement reconnu que la règle est centrée sur la personne, c.-à-d. que ce que le public perçoit comme répugnant c'est de voir le malfaiteur lui-même profiter de son crime avec l'accord, sinon l'aide, des tribunaux. De ce point de vue, la prétention de l'appelant que sa situation de représentant innocent détruit l'objet de la règle est déterminante pour lui donner gain de cause dans le présent pourvoi. Les affaires se divisent en deux catégories: (1) celles dans lesquelles la turpitude qui donne lieu à l'application de la règle consiste en ce que les autorités ont des motifs raisonnables de croire que l'argent saisi a un lien avec une infraction relative aux stupéfiants et (2) celles dans lesquelles la viciation soupçonnée a été confirmée par les aveux mêmes du requérant.

Les affaires *Re Regina and Blaney* (1979), 50 C.C.C. (2d) 395, *Largie* (décision du juge Hughes) et *Sowrey v. Minister of National Health and Welfare*, [1985] 1 W.W.R. 85, appartiennent à la première catégorie. Dans l'affaire *Blaney*, les parties ont exclu la discussion de l'application de la

context by admitting that the rule applied but arguing on an alternative basis. However Grange J. (as he then was) of the Ontario High Court comments at p. 398:

I might have had some doubt that the well recognized principle that the Courts will not by giving judgment in his favour permit a litigant to profit by his crime extends to cover situations such as this where the accused seeks to recover money removed from him under judicial process but certainly the proposition is arguable and, as I have said, is not disputed before me.

In *Largie Hughes J.* of the Ontario Supreme Court quashed Rice Prov. Ct. J.'s restoration order because of his failure to take account of the rule. The Ontario Court of Appeal upheld that result but only by applying the legislative text approach set out in *Aimonetti*.

Only in *Sowrey* does one find a full-blown use of the public policy *rationale* in spite of the lack of turpitude in the strict sense. In that case an undercover agent had arranged to exchange sixty-four pounds of marijuana for some cash and several thousand units of LSD. The applicant was arrested and a quantity of cash seized before the transaction occurred. Garfinkel Prov. Ct. J. of the Manitoba Court denied restoration in a post-conviction hearing. There was no evidence to connect the cash to the offences with which the applicant had been convicted at trial. *Hicks, supra*, was distinguished on the basis that there the interest of an innocent finance company in the seized conveyance swung the balance in favour of restoration. Although Garfinkel Prov. Ct. J. quotes extensively from *Aimonetti*, he uses the language of public policy in his conclusion at p. 95:

In the case before me, it is equally contrary to public policy and against the public interest for a court to grant an order of restoration if to do so would place in the hands of the applicant money which, on the facts before me, was associated with an illegal drug transaction and

règle *ex turpi causa* dans ce contexte en reconnaissant qu'elle s'appliquait, mais elles ont invoqué un argument subsidiaire. Cependant le juge Grange de la Haute Cour de l'Ontario (tel était alors son titre) fait le commentaire suivant à la p. 398:

[TRADUCTION] J'aurais pu avoir un doute que le principe bien établi selon lequel les tribunaux ne permettront pas à un individu de profiter de son crime en rendant jugement en sa faveur s'applique aux situations semblables à l'espèce où l'accusé cherche à obtenir restitution d'argent qui lui a été enlevé en vertu d'un processus judiciaire, mais la proposition est certainement discutable et, comme je l'ai dit, elle n'est pas soulevée devant moi.

Dans l'arrêt *Largie*, le juge Hughes de la Cour suprême de l'Ontario a annulé l'ordonnance de restitution rendue par le juge Rice de la Cour provinciale parce que celui-ci n'avait pas tenu compte de la règle. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ce résultat, mais uniquement en appliquant l'interprétation fondée sur le texte de loi utilisé dans l'arrêt *Aimonetti*.

On ne trouve que dans l'arrêt *Sowrey* l'emploi direct du motif d'ordre public malgré l'absence de turpitude au sens strict. Dans cette affaire-là, un agent provocateur avait organisé l'échange de soixante-quatre livres de marijuana contre de l'argent et plusieurs milliers de capsules de LSD. Le requérant avait été arrêté et on a saisi une quantité d'argent avant que l'opération ait lieu. Le juge Garfinkel de la Cour provinciale du Manitoba a refusé la restitution à l'occasion d'une audition postérieure à la déclaration de culpabilité. Aucun élément de preuve ne reliait l'argent aux infractions dont le requérant avait été déclaré coupable à son procès. On a distingué cette affaire de l'affaire *Hicks*, précitée, parce que le droit d'une société de prêts innocente relativement au moyen de transport saisi y faisait pencher la balance en faveur de la restitution. Bien que le juge Garfinkel cite abondamment l'arrêt *Aimonetti*, il emploie des termes relatifs à l'ordre public dans sa conclusion à la p. 95:

[TRADUCTION] Dans l'affaire qui m'est soumise, il est aussi contraire à l'ordre public et contraire à l'intérêt public qu'un tribunal accorde une ordonnance de restitution si, en le faisant, il place entre les mains du requérant de l'argent qui, selon la preuve qui m'est soumise, a

was intended to be used in an illegal drug transaction. I want to say I am not deciding the issue of ownership, which could be the subject of civil proceedings.

The second category of cases is comprised of those in which the turpitude which triggers the rule is an actual admission of guilt. They include *Re Regina and Buxton* (1981), 62 C.C.C. (2d) 278, and *Minister of National Health and Welfare v. Medd*, [1983] 6 W.W.R. 304 (Man. C.A.) In *Buxton* the applicant admitted that part of the cash seized came from the sale of cocaine although not from the sale of the cocaine seized. The trial judge clearly adhered to the first analytic approach as the following passage quoted at p. 280 illustrates:

I come back again to the point that on the admitted facts it is not possible to determine what amounts came from what source (*i.e.*, legitimate or illegitimate). Putting the Crown's case in its strongest possible position—that the amount derived from narcotic sale is to be considered as \$1,099 and the amount derived from the sale of the car at \$1 still results in the sum of \$1 being forfeited to the Crown completely without any authority to do so. Further to require the applicant to prove the proportions of the source of the money when the admitted facts are that the "mixed fund" is in "indeterminate proportions" places an impossible burden upon him which again would result in an effective forfeiture without authority in that the money would be held in perpetuity by the Minister . . .

In conclusion then I would hold that although the *Kolstad* case and public policy are both some authority that Courts should not, and should not appear to, countenance returning money to a person who obtained that money from an illegal activity; nevertheless, whereas here the money is a "mixed fund" in "indeterminate proportions" I would hold that the right to property is paramount in these circumstances. I find that the applicant has proved on a preponderance of evidence that he is entitled to possession of the \$1,100 concerned, and since subpara. (b) has been complied with in the admitted facts, and since s. 10(8) does not apply, that the applicant is entitled to an order restoring the \$1,100 to him.

McFadyen J. of the Alberta Queen's Bench quashed the restoration. In her view it was con-

été relié à une opération illégale relative à des stupéfiants et était destiné à une opération illégale relative à des stupéfiants. Je souligne que je ne tranche pas la question du droit de propriété qui peut faire l'objet de poursuites civiles.

La seconde catégorie d'affaires comprend celles où la turpitude qui donne lieu à l'application de la règle est l'aveu même de culpabilité. Ce sont les arrêts *Re Regina and Buxton* (1981), 62 C.C.C. (2d) 278, et *Minister of National Health and Welfare v. Medd*, [1983] 6 W.W.R. 304 (C.A. Man.) Dans l'affaire *Buxton*, le requérant a reconnu qu'une partie de l'argent saisi provenait de la vente de cocaïne bien que ce ne soit pas de la vente de la cocaïne saisie. Le juge du procès a manifestement suivi la première interprétation comme le démontre le passage suivant de ses motifs, à la p. 280:

[TRADUCTION] Je reviens encore sur le point que d'après les faits admis, il est impossible de déterminer quel montant provient de quelle source (c.-à-d. source légitime ou source illégitime). Même si l'on accorde le plus de crédit possible à la preuve de la poursuite—c.-à-d. si l'on considère que le montant tiré de la vente de stupéfiants est 1 099 \$ et que le montant tiré de la vente de l'automobile est 1 \$—il en résulte quand même que la somme de 1 \$ est confisquée au profit de Sa Majesté tout à fait sans justification. De plus, exiger que le requérant prouve les proportions de la provenance de l'argent quand les faits admis mentionnent qu'il s'agit de «fonds mixtes» dans des «proportions indéterminées» lui impose un fardeau impossible qui aurait encore comme conséquence la confiscation effective sans justification puisque le Ministre garderait l'argent à perpétuité . . .

En conclusion, bien que l'arrêt *Kolstad* et l'ordre public disposent l'un et l'autre que les tribunaux ne doivent ni sanctionner, ni paraître sanctionner la remise d'argent à une personne qui se l'est procuré par une opération illégale, néanmoins, parce qu'en l'espèce l'argent se compose de «fonds mixtes» dans des «proportions indéterminées», je décide que le droit à la propriété est déterminant dans ces circonstances. Je conclus que le requérant a prouvé, selon une prépondérance de preuve, qu'il a droit à la possession des 1 100 \$ en cause et, vu que, selon les faits admis, les conditions de l'al. b) ont été remplies et que le par. 10(8) ne s'applique pas, qu'il a droit à une ordonnance de restitution des 1 100 \$.

Le juge McFadyen de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a annulé la restitution. À son

trary both to public policy and to the scheme set out in s. 10 to allow restoration of the proceeds of crime. She stated at p. 282:

In my view, the words in s. 10(6); "is entitled to possession" must be read as lawfully entitled to possession. In this matter the Court had notice that Buxton obtained some of the money by unlawful means. Buxton is not entitled to possession of that sum of money. The onus is on Buxton to establish the amount of money which he was lawfully entitled to possess.

In *Medd* there was likewise an admission of guilt, although the illegality was not narcotics related. The applicant in that case was arrested with a suitcase containing narcotics and cash. At the restoration hearing he testified that the money was unconnected with drug trafficking and that most of it stemmed from an illegal pyramid scheme in Alberta. He also admitted that he intended to use the money to purchase narcotics for re-sale. The trial judge restored the monies. Even in the face of the applicant's admission he refused to abandon the simple proof of entitlement approach or to apply the *ex turpi* rule. Hall J.A. quotes from the trial judge's reasons at p. 306:

Applying this definition of the 'strict interpretation' principle, to the Crown's allegation that the words 'entitled to possession' in s. 10(6) means [*sic*] "lawful" possession, I cannot, on grounds of interpretation or public policy, extend the plain, and ordinary meaning, sought by the Crown. It is clear in law that, if the language of a criminal statute creates uncertainty, the person against whom it is being enforced is entitled to the benefit of any doubt, or to the less harsher of interpretations.

The trial judge was of the view that the proper way for the Crown to proceed would be to charge the applicant under the relevant section of the *Criminal Code* although he admitted that proof would be difficult as the applicant had invoked the protection of the *Canada Evidence Act* [R.S.C. 1970, c. E-10] in making his admission.

Wilson J. quashed the restoration. Unlike the trial judge he felt that entitlement meant lawful

avis, il était contraire et à l'ordre public et à l'esprit de l'art. 10 de permettre la restitution des fruits du crime. Elle dit à la p. 282:

[TRADUCTION] À mon avis, les mots du par. 10(6): «a droit à la possession» doivent se lire comme s'ils signifiaient a un droit légitime à la possession. Sur cette question, la cour savait que Buxton avait obtenu une partie de l'argent par des moyens illégaux. Buxton n'a pas droit à la possession de cette somme d'argent. Il incombe à Buxton de prouver le montant auquel il avait légitimement droit.

De même dans l'affaire *Medd* il y a eu aveu de culpabilité, bien que l'illégalité n'ait pas trait à des stupéfiants. Le requérant, dans cette affaire-là, a été arrêté en possession d'une valise contenant des stupéfiants et de l'argent. À l'audition de la demande de restitution, il a témoigné que l'argent n'était pas relié au trafic de stupéfiants et que la plus grande partie de celui-ci provenait d'une opération pyramidale illégale menée en Alberta. Il a également reconnu qu'il avait l'intention d'utiliser l'argent pour se procurer des stupéfiants pour la revente. Le juge de première instance a restitué l'argent. Même en présence des aveux du requérant, il a refusé de délaissier l'interprétation fondée sur la seule preuve du droit de possession ou d'appliquer la règle *ex turpi*. Le juge Hall cite les motifs du juge de première instance, à la p. 306:

[TRADUCTION] Si j'applique cette définition du «principe d'interprétation stricte» à la prétention de la poursuite que les mots «a droit à la possession» au par. 10(6) signifient la possession «légitime», je ne puis, pour des motifs d'interprétation ou d'ordre public, étendre le sens ordinaire comme le demande la poursuite. Il est reconnu en droit que, si le texte d'une loi criminelle est ambigu, la personne à l'encontre de laquelle la loi est appliquée a droit au bénéfice du doute ou à l'interprétation la moins rigoureuse.

Le juge de première instance a estimé que la poursuite aurait dû procéder par inculpation du requérant en vertu de l'article applicable du *Code criminel* même s'il a reconnu qu'il aurait été difficile de faire la preuve puisque le requérant avait invoqué la protection de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, chap. E-10] au moment de son aveu.

Le juge Wilson a annulé la restitution. Contrairement au juge de première instance, il a estimé

entitlement. The Court of Appeal upheld his decision. Quoting from the reasons of Hall J.A. at p. 308:

In my view, it is quite unnecessary to consider the scope of the words "entitled to possession". It is sufficient to dispose of the matter by saying that it would be contrary to public policy and against the public interest for the Court to lend its process to grant an order of restoration, if to do so would place in the hands of the applicant money which, by his own admission, was illegally obtained. Mr. Medd swore that the money was not the fruits of illegal trade in narcotics but of another illegal activity. He asks for the money back. The court should not entertain that approach. In rejecting it, the court is not deciding the issue of ownership, which could be the subject of separate civil proceedings if Mr. Medd be so advised.

(c) The Legislative Text Approach

The third approach also requires an applicant to disprove taint. However it replaces the narrow focus of the public policy *rationale* on the word "entitlement" in s. 10(6)(a) with a careful reading of the entire statutory scheme in s. 10. There are two consequences of this difference in approach which are significant for the purposes of the current appeal. First, as mentioned earlier, the taint attaches to the thing seized rather than to the person applying. Thus the innocence of the present appellant has no impact on result under this analysis. Secondly, the turpitude which is traditionally required to trigger the *ex turpi* rule has been legislatively replaced by the reasonable belief of the officer who seized the goods initially that those goods are associated with narcotics offences.

Kopstein Prov. Ct. J.'s decision in *R. v. Tupper* (1976), 32 C.C.C. (2d) 529 (Man.), is one of the earliest expressions of this approach. Although the application failed for non-compliance with the technical requirements in s. 10(5), the trial judge nevertheless considered the merits of the claim and in particular the scope of s. 10(6)(a) entitlement. He placed great importance on the use of the word "satisfied" in that section in terms of the Magistrate's being satisfied that the applicant was entitled to possession of the goods. In his view the word meant different things in different contexts.

que le droit à la possession signifiait le droit légitime à la possession. La Cour d'appel a confirmé sa décision. Le juge Hall dit ceci à la p. 308:

[TRADUCTION] À mon avis, il n'est absolument pas nécessaire de déterminer la portée des mots «droit à la possession». Il suffit, pour trancher le litige, de dire qu'il serait contraire à l'ordre public et à l'intérêt public que la cour délivre une ordonnance de restitution si, ce faisant, elle remet au requérant de l'argent qui, de son propre aveu, a été obtenu de façon illégale. M. Medd a affirmé sous serment que l'argent n'était pas le fruit d'un commerce illégal de stupéfiants, mais celui d'une autre activité illégale. Il en demande la restitution. La cour ne doit pas accepter. En rejetant la demande, la cour ne se prononce pas sur la question de la propriété qui peut faire l'objet de poursuites civiles distinctes, si M. Medd le juge à-propos.

(c) L'interprétation fondée sur le texte de loi

La troisième interprétation exige également du requérant qu'il réfute la viciation. Cependant, elle ne se concentre plus, comme pour le motif d'ordre public, sur l'expression «droit à la possession» de l'al. 10(6)a), mais sur une analyse attentive de l'ensemble du régime législatif de l'art. 10. Deux conséquences importantes découlent de cette différence d'interprétation pour les fins du présent pourvoi. D'abord, comme je l'ai déjà mentionné, la viciation s'attache à la chose saisie plutôt qu'au requérant. Donc, en vertu de cette analyse, l'innocence de l'appelant en l'espèce n'a pas de conséquence sur l'issue. Deuxièmement la turpitude habituellement requise pour entraîner l'application de la règle *ex turpi* a été remplacée dans la loi par la conviction raisonnable du policier qui a saisi les biens à l'origine que ceux-ci sont reliés à des infractions relatives à des stupéfiants.

La décision du juge Kopstein de la Cour provinciale dans l'affaire *R. v. Tupper* (1976), 32 C.C.C. (2d) 529 (Man.), est l'une des premières formulations de cette interprétation. Bien que la demande ait été refusée parce que les exigences de forme prescrites par le par. 10(5) n'avaient pas été respectées, le juge de première instance a néanmoins étudié le fond de la demande et en particulier la portée du droit à la possession mentionné à l'al. 10(6)a). Il a accordé beaucoup d'importance à l'emploi du mot «convaincu» dans cet alinéa qui dispose que le magistrat doit être convaincu que le

Therefore he focused on the context of s. 10 in its totality. He wrote at p. 535:

While it appears that under s. 10(1)(c) a peace officer may seize anything, including any money by means of which or in respect of which he reasonably believes an offence to have been committed under the *Narcotic Control Act*, it is only where such seized moneys were used for the purchase of the narcotic in respect of which an accused was convicted that such moneys are forfeited to Her Majesty under s-s. (8). Any other money seized may be restored pursuant to an application under s-s. (5). If it had been Parliament's intention, however, that such money was to be restored merely upon the failure of the Crown to show that it was used for the purchase of the narcotic which is the subject of the proceedings, it might simply have enabled or required the Court to restore such money by reason of that failure to the person, if any, from whom it was seized. Parliament, however, has made it necessary that an application be made to a Magistrate and that the Magistrate be satisfied of the applicant's entitlement to possession.

Under s. 10(1)(c), a peace officer may seize anything by means of or in respect of which "he reasonably believes" an offence under the *Narcotic Control Act* has been committed. In the circumstances of such a seizure it appears likely that it was the legislative intent to require a person who seeks restoration to provide proof of his right to possession. Evidence relating to the legitimate source of the applicant's acquisition of the moneys, in a case such as the present case, might well be a relevant consideration.

The thrust of Kopstein Prov. Ct. J.'s analysis is to treat the scope of s. 10(6)(a) proof of entitlement as a function of the scope of the s. 10(1)(c) seizure power. In other words the fact of a s. 10 seizure is evidence of taint, and strictly speaking, the Crown need not lead any further evidence. If the applicant fails to demonstrate the legitimacy of the funds' source, the fact of seizure becomes conclusive evidence of taint. In *Tupper* the Crown actually did call a witness who gave additional circumstantial evidence of the monies' taint, namely that they were found in a vase along with two scraps of paper on which figures followed by the abbreviations "lbs." and "oz." were written.

requérant a droit à la possession de la chose. À son avis, le mot a un sens différent dans différents contextes. Il se penche donc sur le contexte de l'art. 10 dans son ensemble. Il écrit à la p. 535:

^a [TRADUCTION] Bien qu'il se puisse qu'en vertu de l'al. 10(1)(c) un agent de la paix puisse saisir n'importe quoi, dont de l'argent, qui a servi ou est lié, selon ce qu'il croit, à une infraction à la *Loi sur les stupéfiants*, ce n'est que lorsque l'argent saisi a servi à l'achat de stupéfiants à l'égard desquels un accusé a été déclaré coupable que l'argent est confisqué au profit de Sa Majesté en vertu du par. (8). Tout autre argent saisi peut être restitué sur demande faite en vertu du par. (5). Toutefois, si le législateur avait voulu que cet argent soit restitué seulement si la poursuite ne réussit pas à démontrer qu'il a servi à l'achat du stupéfiant visé par les procédures, il aurait pu simplement permettre à la cour ou exiger d'elle qu'elle restitue cet argent en raison de cet échec à la personne, le cas échéant, de qui il a été saisi. Le législateur a toutefois exigé qu'une demande soit présentée à un magistrat et que le magistrat soit convaincu du droit du requérant à la possession de la chose.

En vertu de l'al. 10(1)(c), un agent de la paix peut saisir toute chose au moyen ou à l'égard de laquelle il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'une infraction à la *Loi sur les stupéfiants* a été commise. Dans le cas d'une telle saisie, il est vraisemblable que le législateur a voulu exiger qu'une personne qui demande la restitution fournisse la preuve de son droit à la possession. La preuve de la légitimité de l'obtention de l'argent par le requérant peut, dans un cas comme l'espèce, être une considération tout à fait pertinente.

^g L'essentiel de l'analyse du juge Kopstein consiste à considérer l'étendue de la preuve du droit à la possession visée à l'al. 10(6)(a) comme liée à l'étendue du pouvoir de saisie prévu à l'al. 10(1)(c). En d'autres mots, une saisie effectuée en vertu de l'art. 10 constitue une preuve de viciation et, strictement, la poursuite n'a pas besoin de présenter d'autres éléments de preuve. Si le requérant ne réussit pas à démontrer la légitimité de l'origine de l'argent, la saisie devient une preuve déterminante de la viciation. Dans l'affaire *Tupper*, la poursuite a effectivement cité un témoin qui a apporté un supplément de preuve circonstancielle de la viciation de l'argent, savoir que celui-ci avait été trouvé dans un vase avec deux bouts de papier sur lesquels des chiffres étaient inscrits avec les abréviations «lbs.» et «oz.»

Aimonetti, supra, is the authority usually cited for the proposition that the scheme of s. 10 requires an applicant to disprove taint in order to obtain restoration. Again, the Crown in that case led additional evidence of taint, namely that traces of cannabis resin were found on some of the seized bills. Huband J.A.'s majority reasons are very similar to the reasons in *Tupper*. The following passage, which was approved by the Ontario Court of Appeal in *Largie*, sets out the critical elements of the third analytic approach at pp. 171-72:

Looking at s. 10 in its totality, I think it is clear that the authorities are entitled to seize cash, beyond that which may be involved in a particular illicit transaction with respect to which a charge is laid. Money actually used in the purchase of a narcotic is to be forfeited to Her Majesty at the conclusion of a trial, under s-s. (8). The money we are now concerned with falls in a different category. The scheme of the Act, as I see it, allows police authority to seize property related to the illicit trade in drugs, possession of which is then turned over to the Minister unless the applicant is able to make out a case for restoration. The procedures under s. 10 do not constitute the Minister or the Crown as owner of the property in question. The Minister becomes entitled to "possession", but it is then open to the accused, or indeed anyone else, to advance a civil claim for the recovery of the property from the Minister. In *Smith v. The Queen* (1975), 27 C.C.C. (2d) 252, 67 D.L.R. (3d) 177, [1976] 1 F.C. 196, Addy J. of the Federal Court made it clear that s. 10(5) and (7) are "merely procedural and custodial", and that "they do not either explicitly or by necessary implication" cause any property right to be forfeited. The right to advance a proprietary claim in separate civil proceedings is open to anyone.

Where the property in question is money, the claim for restoration of possession will not be allowed if the cash appears to be the fruits of illegal trade in narcotics. The scheme of the Act is to deny possession of such funds to one accused and subsequently convicted of participating in illegal trade, (subject to that person's right to claim ownership in separate civil proceedings). It would be contrary to the scheme of the Act to allow restoration on the limited ground that the money could not be identified in a transaction with the specific narcotic found on the premises. In my opinion, Kopstein

L'arrêt *Aimonetti*, précité, est ordinairement cité comme l'arrêt de principe établissant que l'économie de l'art. 10 exige d'un requérant qu'il réfute la viciation pour obtenir la restitution. Là encore la poursuite a présenté un supplément de preuve de viciation, savoir que des traces de résine de cannabis ont été trouvées sur certains des billets saisis. Les motifs du juge Huband, qui a écrit au nom de la majorité, sont très semblables aux motifs dans l'arrêt *Tupper*. Le passage suivant, que la Cour d'appel de l'Ontario a approuvé dans l'arrêt *Largie*, expose les éléments essentiels de la troisième interprétation, aux pp. 171 et 172:

[TRADUCTION] Considérant l'art. 10 dans son ensemble, je crois qu'il est clair que les autorités ont le pouvoir de saisir de l'argent, au-delà de ce qui peut avoir servi à une opération illicite précise à l'égard de laquelle on a porté une accusation. L'argent effectivement utilisé pour l'achat de stupéfiants est confisqué au profit de Sa Majesté à la fin du procès, par application du par. (8). L'argent dont il est question ici appartient à une autre catégorie. À mon sens, l'économie de la Loi permet aux autorités policières de saisir des choses reliées au commerce illicite de stupéfiants, la possession de ces choses étant transmise au Ministre à moins que le requérant ne puisse établir son droit à la restitution. Les procédures prévues à l'art. 10 ne rendent pas le Ministre ou la poursuite propriétaire des choses en cause. Le Ministre acquiert le droit à «la possession», mais il est loisible à l'accusé, et même à quelqu'un d'autre, d'intenter une action civile au Ministre en restitution du bien. Dans l'arrêt *Smith c. La Reine* (1975), 27 C.C.C. (2d) 252, 67 D.L.R. (3d) 177, [1976] 1 C.F. 196, le juge Addy de la Cour fédérale dit clairement que les paragraphes 10(5) et (7) «portent sur de simples questions de procédure et ne prévoient qu'un pouvoir de garde» et qu'«ils n'entraînent ni explicitement ni implicitement» la déchéance d'un droit de propriété. Il demeure possible à quiconque de revendiquer son droit de propriété par une action civile distincte.

Lorsque le bien en cause est de l'argent, la demande de restitution sera refusée si l'argent paraît être le fruit d'un commerce illégal de stupéfiants. L'économie de la Loi est de refuser la possession de ces sommes à un accusé qui est par la suite déclaré coupable d'avoir participé à un commerce illégal (sous réserve du droit de cette personne d'en réclamer la propriété par une action civile distincte). Il serait contraire à l'économie de la Loi de permettre la restitution pour le seul motif qu'il n'est pas possible de relier l'argent au stupéfiant précis trouvé sur les lieux. À mon avis, le juge Kopstein avait la

Prov. J. had the jurisdiction to deny the application for restoration in spite of the fact that the money in question was not directly identified as flowing from a transaction involving the *cannabis* resin seized from the premises. So long as there was evidence upon which he could reasonably conclude that the money resulted from illegal trade in narcotics, he was entitled to treat such money as a thing "in respect of which . . . an offence . . . has been committed", to borrow from the language employed in s. 10(1)(c).

Largie reinforced this position by reference to s. 312 of the *Code* which makes it an offence to knowingly possess the proceeds of crime. Houlden J.A. in that case stated that restoration should not be granted if the seized money was obtained from the sale of narcotics thus encouraging the commission of a s. 312(1) offence. This glosses over the fact that the elements of a s. 312(1) offence had not been proven. Indeed, in *Largie* it appears that the "taint" stemmed from the simple fact that the money was seized in the course of a s. 10 search. In the case at hand the respondent makes a similar argument, although in a more tentative form, by submitting that "the Court, if it were to order restoration, could be in the position of placing property in the applicant's hand which could constitute an offence under s. 312(1) of the *Criminal Code*".

In discussing *R. v. Molina, supra*, I noted that the Court of Appeal of Ontario seemed to retreat from the position that the scheme of the Act requires an applicant to make out a case for restoration by demonstrating the legitimacy of the source of the funds. Rather, Grange J.A. reduced the cases of *Largie* and *Aimonetti* to the proposition that there must be evidence on which a Magistrate could reasonably conclude that the monies were tainted. He refrained from a discussion of onus thus avoiding what is perhaps the most troubling aspect of both the public policy approach and the analysis based on the total scheme in s. 10.

5. Statutory Construction and Section 10(6)(a)

The question of what is entailed in s. 10(6)(a) entitlement is largely one of statutory construction.

compétence de refuser la demande de restitution malgré que l'argent en cause n'ait pas été directement relié à l'opération portant sur la résine de cannabis saisie sur les lieux. Pour autant qu'il y a des éléments de preuve qui le justifiaient de conclure que l'argent provenait d'un commerce illégal de stupéfiants, il avait le pouvoir de considérer cet argent comme une chose «à l'égard de laquelle . . . une infraction . . . a été commise», pour citer le texte de l'al. 10(1)c).

L'arrêt *Largie* a confirmé cette position en mentionnant l'art. 312 du *Code* qui fait une infraction du fait d'avoir sciemment en sa possession le fruit d'un crime. Dans cette affaire, le juge Houlden a affirmé qu'il ne fallait pas accorder la restitution si l'argent saisi provenait de la vente de stupéfiants, ce qui encouragerait la perpétration de l'infraction visée au par. 312(1). Cela ne tient pas compte du fait que les éléments de l'infraction prévue au par. 312(1) n'avaient pas été prouvés. En réalité, dans l'arrêt *Largie*, il appert que la «viciation» découlait du simple fait que l'argent avait été saisi au cours d'une perquisition menée en vertu de l'art. 10. En l'espèce, l'intimée présente un argument semblable, mais de façon plus rudimentaire, en soutenant que [TRADUCTION] «si elle devait ordonner la restitution, la Cour pourrait se trouver dans la situation de remettre la propriété au requérant, ce qui pourrait constituer une infraction au par. 312(1) du *Code criminel*».

J'ai noté qu'en étudiant l'affaire *R. v. Molina*, précitée, la Cour d'appel de l'Ontario semble avoir modifié son avis selon lequel l'économie de la Loi exige que le requérant établisse son droit à la restitution en démontrant la légitimité de la provenance de l'argent. Le juge Grange a plutôt fait dire aux arrêts *Largie* et *Aimonetti* qu'il doit y avoir des éléments de preuve en vertu desquels un magistrat peut raisonnablement conclure que l'argent est vicié. Il s'est abstenu d'aborder la question du fardeau de la preuve évitant ainsi ce qui est peut-être l'aspect le plus gênant de l'interprétation fondée sur l'ordre public et de celle fondée sur l'économie générale de l'art. 10.

5. L'interprétation législative et l'al. 10(6)a

La question du champ du droit à la possession énoncée à l'al. 10(6)a) est essentiellement une

The jurisdiction of a magistrate under s. 10 must be found within the confines of the authority and powers described in its provisions. In that sense Huband J.A.'s method of analysis in *Aimonetti* which relies on a cohesive view of the legislative text is persuasive. However, the interpretation which he proposed, while it is supported by the text, is difficult to reconcile with the substantive and constitutional limits on statutory construction, and in particular with the presumption of innocence as it has evolved at common law and under the *Canadian Bill of Rights*.

The classic formulation of the principle that a person accused of a criminal offence is innocent until proven guilty is found in Viscount Sankey's decision in *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), at pp. 481-82:

Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to what I have already said as to the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, as to whether the prisoner killed the deceased with a malicious intention, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained.

The principle is the foundation for a host of evidentiary rules and determines the otherwise inexplicable boundary between legal and scientific truth. As Viscount Sankey's pronouncement makes clear, two fundamental tenets flow from the presumption of innocence: first, that the burden of proof is upon the Crown and second, that proof is on the high standard of beyond a reasonable doubt. Nevertheless, Viscount Sankey acknowledged the legitimacy of statutory incursion into the principle and the jurisprudence of this Court under the *Canadian Bill of Rights* acknowledges to some

question d'interprétation législative. La compétence que possède un magistrat en vertu de l'art. 10 doit se trouver à l'intérieur de la compétence et des pouvoirs décrits dans les dispositions de cet article. En ce sens, la méthode d'analyse utilisée par le juge Huband dans l'arrêt *Aimonetti*, qui se fonde sur une vue cohésive du texte législatif, est convaincante. Cependant, même si l'interprétation qu'il propose est conforme au texte, elle est difficile à concilier avec les règles de fond et les règles constitutionnelles d'interprétation législative, et en particulier avec la présomption d'innocence telle qu'elle a évolué en *common law* et en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*.

La formulation classique du principe selon lequel une personne accusée d'une infraction criminelle est innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit prouvée se trouve dans les motifs du vicomte Sankey dans l'arrêt *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), aux pp. 481 et 482:

[TRADUCTION] Dans toute la toile du droit criminel anglais se retrouve toujours un certain fil d'or, soit le devoir de la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu, sous réserve de ce que j'ai déjà dit à propos de la défense excipant de l'aliénation mentale et sous réserve, également, de toute exception créée par la loi. Si, à l'issue des débats, la preuve produite, soit par la poursuite, soit par le prévenu, fait naître un doute raisonnable quant à savoir si ce dernier a tué la victime avec préméditation, la poursuite a échoué et le prévenu a droit à un acquittement. Peu importe la nature de l'accusation ou le lieu du procès, le principe obligeant la poursuite à prouver la culpabilité du prévenu est consacré dans la *common law* d'Angleterre et toute tentative d'y porter atteinte doit être repoussée.

Ce principe est le fondement d'un ensemble de règles de preuve et détermine la frontière, inexplicable par ailleurs, entre la vérité juridique et la vérité scientifique. Ainsi que les paroles du vicomte Sankey l'expriment clairement, deux règles fondamentales découlent de la présomption d'innocence: premièrement le fardeau de la preuve incombe à la poursuite et deuxièmement la preuve doit répondre à la norme élevée de preuve hors de tout doute raisonnable. Néanmoins, le vicomte Sankey reconnaît la légitimité d'exceptions législatives au principe et la jurisprudence de cette Cour relative à la

degree the validity of such legislative derogation. However, Ritchie J.'s majority decision in the leading case of *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, maintained that an enactment which reverses the onus of proof must do so expressly. Indeed, the *Canadian Bill of Rights* itself, as discussed earlier, if nothing else requires express words in order "to abrogate, abridge or infringe" any of the rights and freedoms in s. 2. Accordingly, if legislation permanently dispossessing a person of his or her property is properly characterized as penal, and in this case I think it is, then the procedural protections enshrined in the *Canadian Bill of Rights* which attend the imposition of penalties by the state should apply.

The appellate decisions which favour imposing a burden of disproof of taint on an applicant offer two *rationales* to justify their position. Houlden J.A. in *Largie* proposes a form of preventive criminal regulation; Huband J.A. in *Aimonetti* explains the denial of restoration under s. 10(6)(a) by maintaining that legal title is not affected by the restoration proceedings.

As discussed earlier, Houlden J.A. in *Largie* was of the view that the approach in *Aimonetti* was strengthened by s. 312(1) of the *Criminal Code*. He wrote at p. 293:

By virtue of s. 312(1), it would be an offence for the appellant to be in possession of money derived from the sale of narcotics. The court should not, therefore, make an order of restoration if the money were obtained in this way.

While this would perhaps be reasonable if the elements of a s. 312(1) offence had been proven, it seems unorthodox to deny restoration on the possibility that this would lead to the commission of such an offence. Section 312(1) stipulates that not only must an accused be in possession of tainted property but he or she must also have knowledge of the taint. In *Largie* the applicant led evidence at his hearing to show that the seized monies were derived from painting and decorating. Rice Prov. Ct. J. took the position that entitlement could be

Déclaration canadienne des droits reconnaît, jusqu'à un certain point, la validité de ces dérogations législatives. Toutefois l'arrêt de principe, rendu à la majorité et rédigé par le juge Ritchie dans l'affaire *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, a confirmé qu'une disposition législative qui renverse le fardeau de la preuve doit le faire expressément. En réalité, la *Déclaration canadienne des droits* elle-même, comme je l'ai déjà mentionné, exige des termes exprès pour «supprimer, restreindre ou enfreindre» l'un quelconque des droits et libertés mentionnés à l'art. 2. Par conséquent, si une loi qui enlève son bien à une personne de façon permanente est à bon droit qualifiée de pénale, et en l'espèce je crois que c'est le cas, alors les garanties de procédure consacrées par la *Déclaration canadienne des droits* relativement à l'imposition de peines par l'État doivent s'appliquer.

Les décisions d'appel qui sont en faveur d'imposer au requérant une obligation de réfuter la viciation présentent deux motifs pour justifier leur position. Le juge Houlden dans l'arrêt *Largie* propose une forme de réglementation criminelle préventive; le juge Huband dans l'arrêt *Aimonetti* explique le refus de restitution en vertu de l'al. 10(6)a) en soutenant que les procédures de restitution ne modifient pas le titre de propriété.

Comme je l'ai mentionné plus tôt, dans l'arrêt *Largie*, le juge Houlden a estimé que le par. 312(1) du *Code criminel* était l'interprétation adoptée dans *Aimonetti*. Il écrit à la p. 293:

[TRADUCTION] En vertu du par. 312(1), l'appelant commet une infraction s'il est en possession d'argent tiré de la vente de stupéfiants. La cour ne doit donc pas rendre une ordonnance de restitution si l'argent a été obtenu de cette façon.

Bien que cette interprétation puisse être raisonnable si on a prouvé les éléments de l'infraction prévue au par. 312(1), il semble hérétique de refuser la restitution à cause de la possibilité qu'elle occasionne la perpétration de cette infraction. Le paragraphe 312(1) exige non seulement que l'accusé soit en possession d'un bien vicié, mais également que l'accusé ait eu connaissance de la viciation. Dans l'arrêt *Largie*, le requérant avait présenté des éléments de preuve à l'audition tendant à démontrer que l'argent saisi provenait de

established without evidence of the source of the cash. No other evidence of taint or of knowledge of taint is mentioned by Houlden J.A. apart from the initial seizure. While a law which is specifically aimed at the prevention of crime was upheld in *Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, its operation was contingent on the previous commission of an offence. The provision in question allowed the court under s. 31 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1927, c. 26 as re-enacted by 1952 (Can.), c. 39, s. 3, to order, in addition to any other penalty, the prohibition of the continuation or repetition of the offence of which the person had been convicted. In the present case not only is there no conviction, but there is no express legislative grant of authority to the magistrate. Furthermore, the judicial exercise of such a preventive power in these circumstances undermines established rules of proof and procedure designed to protect the accused. It is unnecessary for the purposes of this case to decide whether in fact an explicit legislative attempt would fall within federal competence over crime prevention.

The same observations can be made about the decisions which employ the public policy approach in the absence of any proof of turpitude. Again this seems to be an unwarranted exercise of judicial power in the form of preventive regulation of criminal behaviour contrary to both the normal operation of the *ex turpi* rule as well as fundamental principles of our justice system. In the circumstances it would be more consistent with considerations of public policy to grant rather than to deny restoration.

The second *rationale* is much more persuasive. In the previously quoted passage from *Aimonetti*, at pp. 171-72, Huband J.A. makes reference to Addy J.'s characterization in *Smith* of ss. 10(5) and 10(6) as "merely procedural and custodial" and as neither explicitly nor implicitly causing

travaux de peinture et de décoration. Le juge Rice a conclu qu'il était possible de prouver le droit à la possession sans présenter d'éléments de preuve quant à la provenance de l'argent. Le juge Houlden n'a mentionné aucune autre preuve de viciation ou de connaissance de celle-ci hormis la saisie initiale. Bien que cette Cour ait confirmé une loi destinée précisément à prévenir le crime dans l'arrêt *Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen*, [1956] R.C.S. 303, son application dépendait de la perpétration antérieure d'une infraction. La disposition en cause permettait à la cour, en vertu de l'art. 31 de la *Loi des enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1927, chap. 26, adoptée de nouveau par 1952 (Can.), chap. 39, art. 3, de rendre une ordonnance, en plus de prononcer toute autre peine, interdisant la perpétuation ou la répétition de l'infraction dont la personne avait été déclarée coupable. En l'espèce, non seulement il n'y a pas eu déclaration de culpabilité, mais il n'y a pas de texte législatif accordant expressément compétence au magistrat. De plus, l'exercice judiciaire d'une compétence préventive dans ces circonstances va à l'encontre des règles de preuve et de procédure reconnues qui visent à protéger l'accusé. Il est inutile pour les fins de l'espèce de décider si, en réalité, la tentative explicite de le faire en légiférant relèverait de la compétence fédérale sur la prévention du crime.

On peut faire la même remarque à propos des arrêts qui ont recours à l'interprétation fondée sur l'ordre public en l'absence de toute preuve de turpitude. Cela semble également un exercice injustifié du pouvoir judiciaire sous forme de réglementation préventive de la conduite criminelle, contraire à la fois à l'application normale de la règle *ex turpi* et aux principes fondamentaux de notre système de justice. Dans les circonstances, il serait plus conforme aux considérations d'ordre public d'accorder la restitution plutôt que de la refuser.

Le second motif est beaucoup plus convaincant. Dans le passage précité de l'arrêt *Aimonetti*, aux pp. 171 et 172, le juge Huband mentionne la qualification faite par le juge Addy dans l'affaire *Smith* à l'égard des par. 10(5) et 10(6), savoir que ce sont des dispositions qui [TRADUCTION] «por-

forfeiture. Rather, a denial of restoration was described by Huband J.A. as simply a denial of possession and he was at pains to point out that it remained open to an applicant "to advance a proprietary claim" in a separate civil action against the Minister. Indeed, this was the nature of the action in *Smith*.

However, Huband J.A.'s view of the restoration hearing process was rejected by Mahoney J. of the Federal Court of Appeal in *R. v. Aimonetti* (1985), 19 C.C.C. (3d) 481. When the applicant in *Aimonetti* met with failure in the Manitoba Court of Appeal and his application for leave to appeal that decision to this Court was dismissed, he instituted a civil action in the trial division of the Federal Court for the return to him as legal owner of the seized money plus interest. A preliminary question concerning the Federal Court's jurisdiction and *res judicata* was put to the Court of Appeal. Mahoney J. held that the cause of action at the restoration hearing was the same as the cause of action before the Federal Court. The applicant's ownership of the property had never been in question as no s. 10(8) forfeiture had ever taken place. Thus, the issue of possession had been conclusively determined under ss. 10(5), 10(6) and 10(7) in favour of the Minister. There was no need to distinguish *Smith* as in that case no previous restoration hearing had taken place. If Mahoney J. is correct, then what might otherwise be described as administrative detention of property subject to an ultimate determination of legal title is in fact a final and judicial determination of possessory rights. A denial of restoration is tantamount to a penalty of permanent dispossession.

It seems to me that the first analytic approach, which requires proof only of the right to possession and which does not require disproof of taint on the part of an applicant, is not only supported by the text of s. 10 but is also consistent with the inter-

tent sur de simples questions de procédure et ne prévoient qu'un pouvoir de garde» et qui n'entraînent la confiscation ni explicitement ni implicitement. Le juge Huband a plutôt décrit le refus de restitution comme un simple refus d'accorder la possession et il s'est même donné la peine de signaler qu'il était loisible au requérant [TRADUCTION] «de revendiquer le droit de propriété» au Ministre dans une action civile distincte. En réalité, c'était la nature de l'action dans l'arrêt *Smith*.

Toutefois l'opinion du juge Huband sur le processus d'audition de la demande de restitution a été rejetée par le juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *R. v. Aimonetti* (1985), 19 C.C.C. (3d) 481. Après avoir été débouté en Cour d'appel du Manitoba et avoir vu sa demande d'autorisation de pourvoi à cette Cour rejetée, le requérant dans l'affaire *Aimonetti* a intenté une action civile en Division de première instance de la Cour fédérale réclamant qu'on lui restitue, en tant que propriétaire légitime, l'argent saisi avec intérêts. Une question préliminaire relative à la compétence de la Cour fédérale et à la *res judicata* a été soumise à la Cour d'appel. Le juge Mahoney a statué que la cause d'action lors de l'audition de la demande de restitution était la même que la cause d'action devant la Cour fédérale. Le droit de propriété du requérant sur la chose n'avait jamais été contesté car il n'y avait jamais eu de confiscation en vertu du par. 10(8). Donc, la question de la possession avait été tranchée de façon définitive en faveur du Ministre par application des par. 10(5), 10(6) et 10(7). Il n'était pas nécessaire de distinguer l'arrêt *Smith* de cette affaire-là parce qu'il n'y avait pas eu d'audition de demande de restitution. Si le juge Mahoney a raison, ce qu'on pourrait qualifier de rétention administrative d'une chose sous réserve de détermination définitive du titre de propriété se trouve en réalité une décision judiciaire définitive quant au droit de possession. Le refus de restitution équivaut à une sanction de dépossession perpétuelle.

Il me semble que la première interprétation, qui exige seulement la preuve du droit à la possession et qui n'exige pas du requérant de réfuter la viciation est non seulement conforme au texte de l'art. 10, mais aussi compatible avec les principes

pretive tenets that flow from the entrenchment of the presumption of innocence in the *Canadian Bill of Rights*. Furthermore, the notion that there should be an exact correlation between the scope of the seizure power in s. 10(1)(c) and ministerial custody in s. 10(7), while formally pleasing in its symmetry, does not make functional sense. The considerations which would favour a fairly broad grant of power to a police officer under a search warrant to the detriment of the right of an individual to preserve his or her privacy no longer operate at the point of a restoration hearing. A further detention of property which has no evidentiary use and which has not been shown to be associated with the commission of an offence serves no legitimate purpose and would seem to require much clearer language than that employed in s. 10.

6. Conclusions

At the beginning of these reasons I stated that three crucial questions must be answered in order to settle this appeal: what is meant by s. 10(6)(a) entitlement, on whom lies the burden of its proof or disproof, and what is the standard of proof? In light of the foregoing discussion I would conclude that, generally speaking, the restrictive interpretation which I have called the simple proof of entitlement approach is completely consistent with the general principles of criminal justice and with the actual scheme in s. 10. Many of the decisions which employ this approach, including that of *Waisberg* Prov. Ct. J. in the present case, rely either explicitly or implicitly on the presumption of legal title to the goods which arises from the fact of possession. The rule is summarized in *Halsbury's Laws of England*, vol. 35, 4th ed., at paragraph 1122 as follows:

1122. Possession prima facie title. The presumption of law is that the person who has de facto possession also has the property, and accordingly such possession is protected, whatever its origin, against all who cannot prove a superior title. This rule applies equally in criminal and civil matters. Thus, as against a stranger or a wrongdoer, a person in actual or apparent possession, but without the right to possession, has all the rights and remedies of a person entitled to and able to prove a present right to possession.

d'interprétation qui découlent de l'enchâssement de la présomption d'innocence dans la *Déclaration canadienne des droits*. De plus, bien que l'idée qu'il devrait y avoir une corrélation parfaite entre la portée du pouvoir de saisie prévu à l'al. 10(1)c) et la garde du Ministre prévue au par. 10(7), paraisse attrayante à cause de sa symétrie, elle ne rime à rien en pratique. Les raisons qui militent en faveur de l'attribution de pouvoirs assez étendus à un agent de police muni d'un mandat de perquisition au détriment du droit de l'individu de défendre sa vie privée ne s'appliquent plus au moment de l'audition d'une demande de restitution. La rétention plus longue de choses qui ne servent plus en preuve et dont le lien avec la perpétration d'une infraction n'a pas été démontré n'a pas de fin légitime et semblerait exiger un texte beaucoup plus clair que celui de l'art. 10.

d 6. Conclusions

Au début des présents motifs j'ai dit qu'il fallait répondre à trois questions déterminantes pour trancher le présent pourvoi: que signifie le droit à la possession visé à l'al. 10(6)a), à qui incombe le fardeau de la preuve à charge ou à décharge et quelle est la norme de preuve? Vu l'analyse qui précède, je conclurai que, de façon générale, l'interprétation restrictive que j'ai appelée l'interprétation fondée sur la seule preuve du droit de possession est totalement compatible avec les principes généraux de justice criminelle et avec l'économie réelle de l'art. 10. Nombre de décisions qui ont recours à la première interprétation, dont celle du juge *Waisberg* en l'espèce, s'appuient de façon implicite ou explicite sur la présomption de titre de propriété qui découle de la possession. La règle est résumée dans *Halsbury's Laws of England*, vol. 35, 4th ed., paragraphe 1122 comme ceci:

[TRADUCTION] 1122. La possession comme preuve prima facie du titre. La loi présume qu'une personne qui a la possession de fait a aussi la propriété, et en conséquence protège cette possession, quelle que soit son origine, à l'encontre de quiconque ne peut faire la preuve d'un meilleur titre. Cette règle s'applique également en matière civile et en matière criminelle. Donc, par rapport à un étranger ou un contrevenant, la personne qui a la possession réelle ou apparente, mais sans droit à cette possession, a tous les droits et tous les recours d'une personne détenant le titre et capable de prouver un droit réel à la possession.

In Canada the presumption has been applied in the cases of *McDonald v. Lane* (1882), 7 S.C.R. 462, *R. v. Meloche*, [1970] 3 O.R. 798 (C.A.), and *R. v. Bagshaw*, [1972] S.C.R. 2. Thus, in order to satisfy a magistrate at a restoration hearing on the question of entitlement, a claimant should be prepared to show on the balance of probabilities that he or she was in possession of the property at the time of seizure. To place the onus on the claimant in this way does not offend established rules of procedure as the claim of entitlement at this stage is simply the assertion of a civil right. In addition, such evidence is readily obtainable by most claimants. The generous standing in s. 10(5) leaves it open to "any" other person to rebut the claim to possession.

While it seems sensible to assume that entitlement means lawful entitlement, the rule of public policy should only operate where there is turpitude. Where that turpitude is a criminal wrong, criminality must be demonstrated in accordance with normal procedures. Section 10(8) which directs forfeiture of things seized which were "used in any manner" in connection with a narcotics offence of which a person has been convicted, codifies the *ex turpi* rule in the context of narcotics convictions. This leaves open two questions. How must the tainted connection be proven under s. 10(8), and does that section imply that the *ex turpi* rule is excluded from operation under s. 10(6)(a) where the things seized are connected to a conviction for a non-narcotics offence?

The answer to the first question is subject to the same considerations that apply to the discussion of the burden imposed on an applicant by s. 10(6)(a) entitlement. Fundamental principles of criminal justice as well as the nature of the proceedings under s. 10 make it inappropriate to transform a restoration hearing into a trial in which the Crown need only meet the civil standard of proof in order to establish guilt or "taint". Thus the culpability of the owner of the seized property must have been

Au Canada, la présomption a été appliquée dans les arrêts *McDonald v. Lane* (1882), 7 R.C.S. 462, *R. v. Meloche*, [1970] 3 O.R. 798 (C.A.), et *R. v. Bagshaw*, [1972] R.C.S. 2. Donc pour convaincre un magistrat, à l'audition d'une demande de restitution, relativement à la question du droit à la possession, un requérant doit pouvoir démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il était en possession du bien au moment de la saisie. Imposer ce fardeau de preuve au requérant ne viole pas les règles de procédure établies puisque la demande de possession à cette étape est une simple revendication d'un droit civil. De plus, la plupart des requérants peuvent facilement faire cette preuve. La qualité pour agir, libéralement accordée par le par. 10(5), permet à « toute autre personne » de réfuter la revendication de possession.

Alors qu'il est normal de présumer que le droit à la possession signifie le droit légitime à la possession, la règle fondée sur l'ordre public ne devrait s'appliquer que s'il y a turpitude. Lorsque cette turpitude consiste en une infraction criminelle, son caractère criminel doit être démontré selon la procédure normale. Le paragraphe 10(8) qui ordonne la confiscation de choses saisies qui ont été « utilisées de quelque façon » en rapport avec une infraction relative à des stupéfiants dont la personne a été déclarée coupable, codifie la règle *ex turpi* dans le contexte des infractions relatives à des stupéfiants. Cela laisse deux questions sans réponse. Comment faut-il prouver le lien qui entraîne la viciation au sens du par. 10(8) et le paragraphe signifie-t-il que la règle *ex turpi* ne s'applique pas en vertu de l'al. 10(6)(a) lorsque les choses saisies sont reliées à une déclaration de culpabilité d'une infraction qui n'a pas trait à des stupéfiants?

La réponse à la première question dépend des mêmes considérations que celles qui s'appliquent à l'analyse du fardeau de preuve imposé au requérant par l'al. 10(6)(a) en matière de droit à la possession. Les principes fondamentaux de justice criminelle et la nature des procédures prévues à l'art. 10 ne justifient pas de transformer l'audition d'une demande de restitution en un procès au cours duquel la poursuite n'aurait qu'à satisfaire à une norme civile de preuve pour prouver la culpa-

proven at antecedent criminal proceedings under the *Narcotic Control Act*. In the absence of a specific finding at trial of the requisite "tainted connection", the Crown may fill the evidentiary gap by proving taint on the reasonable doubt standard at the restoration hearing. Where there is no antecedent conviction and no basis for laying a narcotics related charge, proceedings should be initiated under s. 312(1) of the *Criminal Code*.

The second question concerns the situation in which the Crown places in evidence a prior conviction for a non-narcotics offence and the association of the seized property with the commission of that offence. The interpretive guideline *expressio unius est exclusio alterius* suggests that s. 10(8) precludes the operation of the *ex turpi* rule here. However, such an interpretation would multiply proceedings as well as offend public perception of the justice system. Accordingly, I do not think the *expressio unius* rule should prevent a reading of s. 10(6)(a) entitlement to mean "lawful entitlement" in this very limited context. The more fundamental question remains whether the *ex turpi* rule has been correctly applied, namely whether the facts of a connection between the property and the commission of an offence, be it a *Code* offence or a narcotics offence, have been properly established. In summary, the public policy approach is to be faulted only in those cases in which this factual basis for its operation is lacking. In addition, where the rule of public policy legitimately applies, the status of an applicant as the innocent representative of a convicted but deceased owner would not entitle the applicant to restoration. In general, I agree with the following characterization of the *ex turpi* rule by Lord Diplock in *Hardy v. Motor Insurers' Bureau*, [1964] 2 All E.R. 742, at pp. 750-51, and with his assumption that a successor stands in the shoes of the original claimant:

bilité ou la «viciation». Donc la culpabilité du propriétaire du bien saisi doit avoir été prouvée au cours des procédures criminelles antérieures intentées en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*. En l'absence de conclusion précise au procès sur le «bien vicié», la poursuite peut combler la lacune de la preuve en prouvant la viciation selon la norme du doute raisonnable à l'audition de la demande de restitution. Lorsqu'il n'existe pas de déclaration de culpabilité antérieure ni de fondement pour porter une accusation pour des infractions relatives à des stupéfiants, on devra intenter les poursuites en vertu du par. 312(1) du *Code criminel*.

La seconde question a trait au cas où la poursuite met en preuve une déclaration antérieure de culpabilité d'une infraction non reliée à des stupéfiants et le lien des choses saisies avec la perpétration de cette infraction. La règle d'interprétation *expressio unius est exclusio alterius* indique que le par. 10(8) exclut l'application de la règle *ex turpi* dans ce cas. Cependant, une telle interprétation multiplierait les procédures et discréditerait aussi le système de justice aux yeux du public. En conséquence, je ne crois pas que la règle *expressio unius* doive empêcher de considérer le droit à la possession visé à l'al. 10(6)a) comme un «droit légitime à la possession» dans ce contexte très restreint. La question plus fondamentale demeure cependant de savoir si la règle *ex turpi* a été correctement appliquée, savoir si les faits relatifs à l'existence d'un lien entre la chose et la perpétration d'une infraction, que ce soit une infraction définie au *Code* ou une infraction relative à des stupéfiants, ont été adéquatement prouvés. En résumé, l'interprétation fondée sur l'ordre public ne doit être considérée comme inadéquate que dans les cas où ce fondement est absent dans les faits nécessaires à son application. En outre, lorsque la règle fondée sur l'ordre public s'applique légitimement, le statut d'un requérant, en tant que représentant innocent d'un propriétaire condamné mais décédé, ne lui accorderait pas de droit à la restitution. En général, je suis d'accord avec la qualification suivante de la règle *ex turpi* donnée par lord Diplock dans l'arrêt *Hardy v. Motor Insurers' Bureau*, [1964] 2 All E.R. 742, aux pp. 750 et 751, et avec sa présomption que le successeur prend la place du requérant original:

All that the rule means is that the courts will not enforce a right which would otherwise be enforceable if the right arises out of an act committed by the person asserting the right (or by someone who is regarded in law as his successor) which is regarded by the court as sufficiently anti-social to justify the court's refusing to enforce that right.

Whether countervailing considerations apply where, as in that case, the benefit in question is claimed under an insurance policy, need not be decided here.

7. Disposition of the Present Appeal

Much of the argument in this case centred on the appellant's status as an innocent representative of the estate in answer to the allegation of taint associated with the seized monies. There was no admission of guilt by the appellant, simply an admission that a burden of disproof of guilt could not be met. In the debate over the effect of the original applicant's death on the interpretive alternatives, little attention was paid to the preliminary question of whether in any circumstances a magistrate under s. 10 may deny restoration of things seized to their proper owner where no conviction has been entered and where the evidentiary use of the things has either expired or is non-existent. It seems to me, for the reasons given in the preceding discussion, that a negative answer must be given to that question. While the Crown may defeat entitlement by fulfilling the terms of s. 10(8) or alternatively, by placing in evidence the necessary facts to show that entitlement under s. 10(6)(a) would be unlawful, in both those situations the fact of a previous conviction is a condition precedent. Thus the appellant's lack of association with the reasonably held belief which prompted the initial seizure is irrelevant. Indeed, even if it were clear on the evidence that the appellant was closely involved in Mr. Gombosh's affairs, this would not be determinative by itself. The Crown has not argued that the monies seized are related to any ongoing investigation of Mr. Gombosh, the appellant, or any other person. As Waisberg Prov. Ct. J. pointed out, all criminal proceedings against Mr. Gombosh were discontinued at his death. Thus, there is no evidentiary use for the monies and the s. 10(6)(b) branch of the test for restoration is satisfied. In

[TRADUCTION] Tout ce que la règle signifie, c'est que les tribunaux ne donneront pas effet à un droit qui serait autrement exécutoire s'il découle d'un acte commis par la personne qui le revendique (ou par quelqu'un considéré en droit comme son successeur) qui est considéré par le tribunal comme suffisamment anti-social pour justifier le refus du tribunal de lui donner effet.

Il n'est pas nécessaire de décider en l'espèce si des considérations équivalentes s'appliquent lorsque, comme dans cette affaire-là, le bénéficiaire en question est réclamé en vertu d'une police d'assurance.

7. Disposition du présent pourvoi

Une bonne partie des plaidoiries dans le présent pourvoi ont porté sur le statut de l'appelant, à titre de représentant innocent de la succession, qui doit répondre à une allégation de viciation liée à l'argent saisi. Il n'y a pas eu d'aveu de culpabilité de la part de l'appelant, simplement un aveu qu'il ne pouvait satisfaire à l'obligation de réfuter la culpabilité. Dans la discussion des conséquences du décès du requérant initial sur les différentes interprétations possibles, on a prêté peu d'attention à la question préliminaire de savoir si, dans tous les cas, un magistrat peut, en vertu de l'art. 10, refuser la restitution des choses saisies à leur propriétaire lorsqu'il n'y a pas eu de déclaration de culpabilité et que les choses ne sont plus ou ne sont pas requises à titre de preuve. Il me semble, pour les motifs donnés dans l'analyse qui précède, qu'il faut répondre à cette question par la négative. La poursuite peut faire échec au droit à la possession en remplissant les conditions du par. 10(8) ou, subsidiairement, en présentant en preuve les faits nécessaires pour démontrer que le droit à la possession visé à l'al. 10(6)a) ne serait pas un droit légitime, mais, dans ces deux cas, l'existence d'une déclaration de culpabilité antérieure est une condition préalable. Donc, l'absence de lien entre l'appelant et les soupçons raisonnables qui ont donné lieu à la saisie initiale est sans conséquence. En réalité, même s'il était clair d'après la preuve que l'appelant était intimement mêlé aux affaires de M. Gombosh, ce ne serait pas en soi déterminant. La poursuite n'a pas soutenu que l'argent saisi a un lien quelconque avec une enquête en cours relativement à M. Gombosh, à l'appelant ou à quelque autre personne. Ainsi que le juge Waisberg l'a

addition, counsel for the Crown conceded at the restoration hearing that there was sufficient evidence to show that Mr. Gombosh was in physical possession of the seized monies. The presumption of entitlement which operates in that circumstance has not been rebutted. Nor has the appellant's status as the representative of Mr. Gombosh's estate been challenged. Accordingly, the s. 10(6)(a) branch of the test for restoration has also been satisfied.

I would allow the appeal, set aside the orders of Smith J. and of the Court of Appeal for Ontario, and reinstate Waisberg Prov. Ct. J.'s order for the restoration of the property to the appellant.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Alan D. Gold, Toronto.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, Toronto.

souligné, toutes les procédures criminelles dirigées contre M. Gombosh ont cessé à son décès. Donc l'argent ne peut servir en preuve et la condition établie à l'al. 10(6)b) pour la restitution est remplie. De plus, le substitut a reconnu à l'audition de la demande de restitution qu'il y avait suffisamment de preuve pour démontrer que M. Gombosh avait eu la possession matérielle de l'argent saisi. La présomption de droit de possession qui s'applique dans cette circonstance n'a pas été repoussée. Le statut de l'appelant en tant que représentant de la succession de M. Gombosh n'a pas été contesté. En conséquence, la condition mentionnée à l'al. 10(6)a) pour la restitution est également remplie.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les ordonnances du juge Smith et de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir l'ordonnance du juge Waisberg de la Cour provinciale en restitution des biens à l'appelant.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Alan D. Gold, Toronto.

Procureur de l'intimée: Ministère de la Justice, Toronto.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1986 Vol. 1

4^e cahier, 1986 Vol. 1

Cited as [1986] 1 S.C.R. 449-648

Renvoi [1986] 1 R.C.S. 449-648

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Supervisor, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1986.

CONTENTS

Bilodeau v. Attorney General of Manitoba et al. 449

Constitutional law — Validity of legislation — Manitoba statutes enacted in English only invalid — Whether summons issued pursuant to a unilingual statute valid — Whether conviction made under a unilingual statute valid — Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, No. 8, s. 23 — The Highway Traffic Act, R.S.M. 1970, c. H60 — The Summary Convictions Act, R.S.M. 1970, c. S230.

Constitutional law — Language rights — French-speaking person in Manitoba given summons in English only for traffic violation — Whether unilingual summonses contravene s. 23 of the Manitoba Act, 1870 — Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, No. 8, s. 23.

MacDonald v. City of Montreal et al. 460

Appeal — Jurisdiction of Supreme Court of Canada — Leave to appeal refused by Court of Appeal — Whether leave to appeal to Supreme Court of Canada may be granted by the Supreme Court — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1).

Constitutional law — Language rights — Court proceedings — English-speaking person in Quebec given summons for traffic violation in French only — Whether summonses emanating from Quebec courts constitutionally valid if issued in one or other of the official languages — Constitution Act, 1867, s. 133.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiŕste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviŕseur
RICHARD BERBERI

Superviseur, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1986.

SOMMAIRE

Bilodeau c. Procureur général du Manitoba et autres 449

Droit constitutionnel — Validité d'une loi — Invalidité des lois manitobaines adoptées en anglais seulement — Les sommations délivrées conformément à une loi unilingue sont-elles valides? — La déclaration de culpabilité prononcée en vertu d'une loi unilingue est-elle valide? — Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II, n° 8, art. 23 — The Highway Traffic Act, R.S.M. 1970, chap. H60 — The Summary Convictions Act, R.S.M. 1970, chap. S230.

Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Sommation adressée en anglais seulement à un francophone au Manitoba relativement à une infraction à la circulation routière — Les sommations unilingues sont-elles contraires à l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba — Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II, n° 8, art. 23.

MacDonald c. Ville de Montréal et autres 460

Appel — Compétence de la Cour suprême du Canada — Autorisation d'appel refusée par la Cour d'appel — Une autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada peut-elle être accordée par la Cour suprême? — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41(1).

Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Procédures judiciaires — Sommation adressée en français seulement à un anglophone au Québec relativement à une infraction à la circulation routière — Les sommations émanant des tribunaux québécois sont-elles constitutionnellement valides lorsqu'elles sont délivrées dans l'une ou l'autre des langues officielles? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al. 549

Courts — Jurisdiction — Inherent jurisdiction of the Court of Appeal of New Brunswick — Court of Appeal granting applications for leave to appeal and for an extension of time to appeal — Applications made by a person not a party to the original action — Whether Court of Appeal had jurisdiction to grant the applications — Whether the Court of Appeal exercised its discretion in a judicial manner — Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2 as amended, ss. 8(2), 21.

Courts — Judges — Language requirements — New Brunswick Court of Appeal — French language competence of appeal judge challenged — Level of understanding required of the Bench — Judges to determine their own linguistic competence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 19(2) — Official Languages of New Brunswick Act, R.S.N.B. 1973, c. O-1, s. 13(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Official languages of Canada — Proceedings in courts — Content of litigant's right to use either English or French in any court of New Brunswick — Whether this right comprises the right to be heard and understood by the court regardless of the official language used — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 14, 16, 19, 20, 27 — Official Languages of New Brunswick Act, R.S.N.B. 1973, c. O-1, s. 13(1).

SOMMAIRE (Fin)

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres 549

Tribunaux — Compétence — Compétence inhérente de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick — Demandes d'autorisation d'appel et de prorogation du délai d'appel accordées par la Cour d'appel — Demandes émanant d'une personne non partie à l'action initiale — La Cour d'appel avait-elle compétence pour accorder les demandes? — La Cour d'appel a-t-elle exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire? — Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2 et modifications, art. 8(2), 21.

Tribunaux — Juges — Exigences linguistiques — Cour d'appel du Nouveau-Brunswick — Contestation de la compétence en français d'un juge de la Cour d'appel — Niveau de compréhension que doivent posséder les juges — Il appartient aux juges de décider de leur propre compétence linguistique — Charte canadienne des droits et libertés, art. 19(2) — Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1, art. 13(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Langues officielles du Canada — Procédures devant les tribunaux — Contenu du droit des plaideurs d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick — Ce droit comporte-t-il le droit d'être entendu et compris par le tribunal indépendamment de la langue officielle utilisée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 14, 16, 19, 20, 27 — Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1, art. 13(1).

Roger Joseph Albert Bilodeau *Appellant*;

and

The Attorney General of Manitoba

Respondent;

and

The Attorney General of Canada, the Société franco-manitobaine and Alliance Quebec, Alliance for Language Communities in Quebec (formerly Positive Action Committee) *Intervenants*.

File No.: 16778.

1984: June 13; 1986: May 1.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Validity of legislation — Manitoba statutes enacted in English only invalid — Whether summons issued pursuant to a unilingual statute valid — Whether conviction made under a unilingual statute valid — Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, No. 8, s. 23 — The Highway Traffic Act, R.S.M. 1970, c. H60 — The Summary Convictions Act, R.S.M. 1970, c. S230.

Constitutional law — Language rights — French-speaking person in Manitoba given summons in English only for traffic violation — Whether unilingual summonses contravene s. 23 of the Manitoba Act, 1870 — Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, No. 8, s. 23.

The accused, a French-speaking person, was charged in Manitoba with speeding contrary to *The Highway Traffic Act* and received a summons in English only to appear in court pursuant to *The Summary Convictions Act*. In Provincial Court, the accused made a motion to dismiss the charge on the ground that both Acts were *ultra vires* the Manitoba legislature since they were printed and published in English only contrary to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. The trial judge dismissed the motion and convicted him. The Court of Appeal upheld the conviction.

Roger Joseph Albert Bilodeau *Appellant*;

et

Le procureur général du Manitoba *Intimé*;

^a

et

Le procureur général du Canada, la Société franco-manitobaine et Alliance Québec, Alliance pour les communautés linguistiques au Québec (autrefois Positive Action Committee) *Intervenants*.

^c N° du greffe: 16778.

1984: 13 juin; 1986: 1^{er} mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

^d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Validité d'une loi — Invalidité des lois manitobaines adoptées en anglais seulement — Les sommations délivrées conformément à une loi unilingue sont-elles valides? — La déclaration de culpabilité prononcée en vertu d'une loi unilingue est-elle valide? — Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II, n° 8, art. 23 — The Highway Traffic Act, R.S.M. 1970, chap. H60 — The Summary Convictions Act, R.S.M. 1970, chap. S230.

Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Som-mation adressée en anglais seulement à un francophone au Manitoba relativement à une infraction à la circulation routière — Les sommations unilingues sont-elles contraires à l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba — Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II, n° 8, art. 23.

^h Le prévenu, un francophone, a été accusé au Manitoba d'avoir commis un excès de vitesse contrairement à *The Highway Traffic Act* et a reçu une sommation rédigée en anglais seulement, lui enjoignant de comparaître en justice conformément à *The Summary Convictions Act*. En Cour provinciale, le prévenu a présenté ⁱ une requête en vue d'obtenir le rejet de l'inculpation pour le motif que les deux lois étaient *ultra vires* de la législature du Manitoba puisqu'elles étaient imprimées et publiées en anglais seulement, contrairement à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Le juge de ^j première instance a rejeté la requête du prévenu et l'a reconnu coupable. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

Held (Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer and Le Dain JJ.: *The Summary Convictions Act* and *The Highway Traffic Act*, enacted, printed and published only in the English language contravene s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and are invalid. This Court has already decided in the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, that the requirements of s. 23 are mandatory, not directory, and that Acts of the Manitoba legislature which did not conform to these requirements were, and always have been, invalid.

The effectiveness and the enforceability of the summons, however, cannot be challenged in this case on the grounds that the summons was (1) issued pursuant to an invalid statute and (2) issued in English only. The *de facto* doctrine, on the one hand, preserves the rights and obligations arising out of the issuance of a summons by a provincial court under colour of the authority of *The Summary Convictions Act* prior to this Court's decision in the Manitoba Reference. On the other hand, s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, which is similar to s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, does not require that a summons issued by a Manitoba court be bilingual or printed in the language of choice of its recipient.

The enforceability of appellant's conviction under the invalid *Highway Traffic Act* is also beyond challenge. Although the *de facto* doctrine will not preserve a conviction under an invalid statute when a defendant raises the validity of the statute as his defence, the principle of the rule of law will preserve the enforceability of the conviction in accordance with the judgment and order of this Court in the Manitoba Reference.

Per Wilson J. (*dissenting*): The summons issued in English only violates appellant's linguistic rights under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and is invalid. Just as a person living in the Province of Quebec whose language is English is entitled under s. 133 of the *Constitution Act, 1867* to an accommodation of his linguistic rights in the issuance of a French summons, so also is a person who is living in the Province of Manitoba whose language is French entitled under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* to a similar accommodation in the issuance of an English summons. A minimal requirement for such accommodation would be an addendum to the English summons alerting the recipient to the importance of the

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Le Dain: *The Summary Convictions Act* et *The Highway Traffic Act*, qui ont été adoptées, imprimées et publiées en langue anglaise uniquement, sont contraires à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et sont donc invalides. Cette Cour a déjà décidé dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, que les exigences de l'art. 23 sont impératives et non directives, et que les lois de la législature du Manitoba qui ne satisfont pas à ces exigences sont, et ont toujours été, invalides.

Cependant, l'efficacité et le caractère exécutoire de la sommation ne peuvent être contestés en l'espèce pour le motif (1) que la sommation a été délivrée conformément à une loi invalide, et (2) qu'elle a été délivrée en anglais seulement. D'une part, l'application du principe de la validité *de facto* a pour effet de préserver les droits et obligations découlant de la délivrance d'une sommation par une cour provinciale avec l'apparence d'autorité en vertu de *The Summary Convictions Act*, avant l'arrêt rendu par cette Cour dans le renvoi relatif au Manitoba. D'autre part, l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, qui est semblable à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, n'exige pas qu'une sommation délivrée par un tribunal manitobain soit bilingue ou imprimée dans la langue choisie par son destinataire.

Le caractère exécutoire de la déclaration de culpabilité de l'appelant, fondée sur *The Highway Traffic Act* qui est invalide, ne saurait non plus être contesté. Même si le principe de la validité *de facto* ne permet pas de sauver une déclaration de culpabilité prononcée en vertu d'une loi invalide lorsque le défendeur soulève la validité de cette loi comme moyen de défense, le principe de la primauté du droit a pour effet d'en préserver le caractère exécutoire conformément à l'arrêt et à l'ordonnance de cette Cour dans le renvoi relatif au Manitoba.

Le juge Wilson (*dissidente*): La sommation, délivrée en anglais seulement, viole les droits linguistiques que confère à l'appelant l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et est invalide. Tout comme la personne anglophone qui habite la province de Québec a droit, en vertu de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à ce qu'on donne suite à ses droits linguistiques en délivrant une sommation en français, de même, la personne francophone qui habite la province du Manitoba a droit, en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, à un accommodement similaire lorsqu'on délivre une sommation en anglais. Un tel accommodement exigerait au moins qu'on ajoute à la sommation rédigée en anglais

document and advising him where to apply for a translation.

une note informant le destinataire de l'importance du document et de l'endroit où il peut se procurer une traduction.

Cases Cited

By the majority

Reference re Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re Manitoba Language Rights (Orders)*, [1985] 2 S.C.R. 347; *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, applied; *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032, referred to.

By the minority

MacDonald v. City of Montreal, [1986] 1 S.C.R. 460; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

Statutes Cited

Constitution Act, 1867, s. 133.
Constitution Act, 1871.
Highway Traffic Act, R.S.M. 1970, c. H60.
Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, No. 8, s. 23.
Summary Convictions Act, R.S.M. 1970, c. S230.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal, [1981] 5 W.W.R. 393, 61 C.C.C. (2d) 217, 10 Man. R. (2d) 298, upholding the decision of the Provincial Court, [1981] 1 W.W.R. 474, convicting the accused on a charge of speeding contrary to *The Highway Traffic Act*. Appeal dismissed, Wilson J. dissenting.

Vaughan L. Baird, Q.C., for the appellant.

A. Kerr Twaddle, Q.C., for the respondent.

Pierre Genest, Q.C., *Edward R. Sojonky, Q.C.*, and *Peter W. Hogg, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Joseph Eliot Magnet, for the intervener the Société franco-manitobaine.

Stephen A. Scott and Warren J. Newman, for the intervener Alliance Quebec.

a Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts appliqués: *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba (Ordonnance)*, [1985] 2 R.C.S. 347; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; arrêt mentionné: *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.

c Citée par la minorité

MacDonald c. Ville de Montréal, [1986] 1 R.C.S. 460; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

d

Lois et règlements cités

Highway Traffic Act, R.S.M. 1970, chap. H60.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.
Loi constitutionnelle de 1871.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II, n° 8, art. 23.
Summary Convictions Act, R.S.M. 1970, chap. S230.

f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, [1981] 5 W.W.R. 393, 61 C.C.C. (2d) 217, 10 Man. R. (2d) 298, qui a confirmé la décision de la Cour provinciale, [1981] 1 W.W.R. 474, qui avait déclaré le prévenu coupable relativement à une accusation d'avoir commis un excès de vitesse contrairement à *The Highway Traffic Act*. g Pourvoi rejeté, le juge Wilson est dissidente.

h *Vaughan L. Baird, c.r.*, pour l'appelant.

A. Kerr Twaddle, c.r., pour l'intimé.

Pierre Genest, c.r., *Edward R. Sojonky, c.r.*, et *Peter W. Hogg, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Joseph Eliot Magnet, pour l'intervenante la Société franco-manitobaine.

j *Stephen A. Scott et Warren J. Newman*, pour l'intervenante Alliance Québec.

The judgment of Dickson C.J., Beetz, Estey, McIntyre, Lamer and Le Dain JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The Manitoba Court of Appeal upheld the appellant's conviction on a traffic violation. The appellant appeals to this Court on the grounds that the summons for the offence was issued pursuant to a unilingual Act and was printed in the English language only, and that the Act under which he was convicted was unilingual.

I

Facts

The appellant accused was charged with speeding contrary to *The Highway Traffic Act*, R.S.M. 1970, c. H60, and received a summons to appear in court pursuant to *The Summary Convictions Act*, R.S.M. 1970, c. S230. He moved before Gyles C. Prov. J. for a dismissal of the charge on the ground that *The Highway Traffic Act* and *The Summary Convictions Act* were *ultra vires* the Manitoba Legislature since they were printed and published in only the English language contrary to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

II

Judgments

Gyles C. Prov. J. dismissed the motion, [1981] 1 W.W.R. 474, holding that s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* was ineffectual since the *Constitution Act, 1871* which entrenched the *Manitoba Act, 1870* did not amend s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. He further concluded that (at p. 480):

Even if the requirement of s. 23 of the Manitoba Act dealing with the printing of the Acts of the legislature in both the English and the French languages were valid, it is my view that it would be directory and not mandatory.

The Manitoba Court of Appeal was unanimous in rejecting the Chief Provincial Court Judge's

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Le Dain rendu par

LE JUGE EN CHEF—La Cour d'appel du Manitoba a confirmé la déclaration de culpabilité de l'appellant relativement à une infraction à la circulation routière. L'appellant se pourvoit devant cette Cour pour le motif que la sommation relative à cette infraction a été délivrée conformément à une loi unilingue et était imprimée en langue anglaise seulement, et que la loi en vertu de laquelle il a été condamné était unilingue.

I

Les faits

Le prévenu appelant a été accusé d'avoir commis un excès de vitesse contrairement à *The Highway Traffic Act*, R.S.M. 1970, chap. H60, et a reçu une sommation lui enjoignant de comparaître en justice conformément à *The Summary Convictions Act*, R.S.M. 1970, chap. S230. Il a présenté une requête au juge en chef Gyles de la Cour provinciale, en vue d'obtenir le rejet de l'inculpation pour le motif que *The Highway Traffic Act* et *The Summary Convictions Act* étaient *ultra vires* de la législature du Manitoba puisqu'elles étaient imprimées et publiées en langue anglaise seulement, contrairement à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

II

Les jugements

Le juge en chef Gyles de la Cour provinciale a rejeté la requête, [1981] 1 W.W.R. 474, jugeant que l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* était inopérant puisque la *Loi constitutionnelle de 1871*, qui a enchâssé la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, n'a pas modifié l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a conclu en outre ce qui suit (à la p. 480):

[TRADUCTION] Même si l'obligation qu'impose l'art. 23 de la Loi sur le Manitoba relativement à l'impression des lois de la Législature à la fois en français et en anglais, était valide, je suis d'avis qu'elle serait de nature directive et non impérative.

La Cour d'appel du Manitoba a rejeté à l'unanimité les conclusions du juge en chef de la Cour

conclusions on the validity of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*: [1985] 5 W.W.R. 393, 61 C.C.C. (2d) 217, 10 Man. R. (2d) 298. Freedman C.J.M., Monnin and Hall J.J.A. held that the validity of the provision was not in question.

The conviction was, however, affirmed unanimously by the Court of Appeal. The majority (Freedman C.J.M. and Hall J.A.) held that the requirements of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* were directory rather than mandatory and, therefore, did not render invalid the unilingual Acts of the Manitoba Legislature. Monnin J.A., dissenting in part, found s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* to be mandatory. However, since out of necessity nothing could be done immediately with respect to those unilingual Acts enacted prior to December 13, 1979 (the date of judgment in *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032), such enactments would not be declared invalid. Consequently, *The Highway Traffic Act* and *The Summary Convictions Act*, both enacted prior to December 13, 1979, were valid.

III

The Manitoba Reference

The decision of this Court in the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, interpreted s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* as requiring that all Acts of the Manitoba Legislature be enacted, printed, and published in both English and French. This requirement was held to be mandatory and not directory. According to the judgment of this Court, those Acts which did not conform with this requirement were, and always had been, invalid.

To ensure that legal chaos did not ensue in Manitoba, the constitutional principle of rule of law was applied for the minimum period required for translation, re-enactment, printing and publishing of the unilingual Acts of Manitoba. Furthermore, it was pointed out in the judgment that the *de facto* doctrine, or doctrines such as *res judicata* and mistake of law, would save many of the rights,

provinciale quant à la validité de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*: [1985] 5 W.W.R. 393, 61 C.C.C. (2d) 217, 10 Man. R. (2d) 298. Le juge en chef Freedman du Manitoba et les juges a Monnin et Hall ont conclu que la validité de cette disposition n'était pas en cause.

La déclaration de culpabilité a néanmoins été confirmée à l'unanimité par la Cour d'appel. Les b juges formant la majorité (le juge en chef Freedman et le juge Hall) ont conclu que les obligations imposées par l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* étaient de nature directive plutôt qu'im- c péorative et que, par conséquent, elles n'avaient pas pour effet de rendre invalides les lois unilingues de la législature du Manitoba. Le juge Monnin, dissi- d dent en partie, a constaté que l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* était impératif. Mais puis- e que, par la force des choses, rien ne pouvait être fait immédiatement en ce qui concerne les lois unilingues adoptées avant le 13 décembre 1979 (date de l'arrêt *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032), ces lois ne seraient pas déclarées invalides. En conséquence, *The Highway Traffic Act* et *The Summary Convictions Act*, toutes deux adoptées avant le 13 décembre 1979, étaient valides.

III

Le renvoi relatif au Manitoba

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, la Cour a b interprété l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* comme exigeant que toutes les lois de la législature du Manitoba soient adoptées, imprimées et publiées à la fois en anglais et en français. Cette exigence a été jugée impérative et non direc- h tive. D'après l'arrêt de cette Cour, les lois qui ne satisfont pas à cette exigence sont, et ont toujours été, invalides.

Pour éviter qu'il s'ensuive un chaos juridique au i Manitoba, le principe constitutionnel de la primauté du droit a été appliqué à la période mini- j male requise pour traduire, adopter de nouveau, imprimer et publier les lois unilingues de cette province. De plus, on a souligné dans l'arrêt que l'application du principe de la validité *de facto*, ou de principes comme ceux de la chose jugée et de

obligations, and any other effects which had purportedly arisen under the invalid statutes.

IV

The Enforceability and Effectiveness of a Summons Issued Pursuant to a Unilingual Statute

The *de facto* doctrine is defined in the *Reference re Manitoba Language Rights*, at pp. 756-57, as follows:

The application of the *de facto* doctrine is, however, limited to validating acts which are taken under invalid authority: it does not validate the authority under which the acts took place. In other words, the doctrine does not give effect to unconstitutional laws. It recognizes and gives effect only to the justified expectations of those who have relied upon the acts of those administering the invalid laws and to the existence and efficacy of public and private bodies corporate, though irregularly or illegally organized. Thus, the *de facto* doctrine will save those rights, obligations and other effects which have arisen out of actions performed pursuant to invalid Acts of the Manitoba Legislature by public and private bodies corporate, courts, judges, persons exercising statutory powers and public officials. Such rights, obligations and other effects are, and will always be, enforceable and unassailable.

The summons which the appellant received was issued pursuant to *The Summary Convictions Act*. This Act was enacted, printed and published in the English language only and is, in accordance with the decision of this Court in the *Reference re Manitoba Language Rights*, invalid. Nonetheless, the rights, obligations and other effects which have arisen under this Act will be forever enforceable if they arose out of, *inter alia*, reliance "upon the acts of those administering the invalid laws" under colour of authority. Actions performed pursuant to invalid Acts by courts and judges, acting under colour of authority, will be saved by the *de facto* doctrine. Thus in the present case, the *de facto* doctrine will preclude any challenge to the effectiveness or enforceability of the summons on the ground that it was issued pursuant to an invalid Act, since the summons was clearly issued under colour of the authority of *The Summary Convictions Act*.

l'erreur de droit, permettrait de sauver un bon nombre de droits, obligations et autres effets qui ont découlé apparemment des lois invalides.

IV

Le caractère exécutoire et l'efficacité d'une sommation délivrée conformément à une loi unilingue

Aux pages 756 et 757 du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, le principe de la validité *de facto* est décrit ainsi:

Le principe de la validité *de facto* n'a toutefois pour effet que de valider les actes posés en vertu d'une autorité invalide; il n'a pas pour effet de valider l'autorité en vertu de laquelle les actes ont été posés. En d'autres termes, le principe ne donne pas effet à des lois inconstitutionnelles. Il ne reconnaît et ne donne effet qu'aux attentes justifiées de gens qui se sont fiés aux actes de ceux qui ont appliqué les lois invalides, ainsi qu'à l'existence et au fonctionnement des corps publics ou privés mêmes irrégulièrement ou illégalement constitués. Ainsi, le principe de la validité *de facto* permettra de sauver les droits, obligations et autres effets ayant découlé des actes accomplis, conformément à des lois invalides du Manitoba, par des corps publics ou privés, des tribunaux, des juges, des personnes exerçant des pouvoirs légaux et des officiers publics. Ces droits, obligations et autres effets sont et seront toujours exécutoires et incontestables.

La sommation que l'appellant a reçue a été délivrée conformément à *The Summary Convictions Act*. Cette loi a été adoptée, imprimée et publiée en langue anglaise uniquement et est invalide selon l'arrêt rendu par cette Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*. Néanmoins, les droits, obligations et autres effets ayant découlé de cette loi demeureront toujours exécutoires s'ils découlent notamment du fait qu'on s'est fié «aux actes de ceux qui ont appliqué les lois invalides» avec l'apparence d'autorité. Le principe de la validité *de facto* permettra de sauver les actes accomplis, conformément à des lois invalides, par des tribunaux et des juges qui agissaient avec l'apparence d'autorité. Ainsi en l'espèce, le principe de la validité *de facto* empêche de contester l'efficacité ou le caractère exécutoire de la sommation pour le motif qu'elle a été délivrée conformément à une loi invalide, puisque la sommation a nettement été délivrée avec l'apparence d'autorité en vertu de *The Summary Convictions Act*.

V

The Enforceability and Effectiveness of a Summons Issued in English Only

In the present case, the summons was issued in English only. It is accordingly necessary to determine if a summons must be in both English and French in order for it to be valid. Section 23 of the *Manitoba Act, 1870*, in addition to requiring bilingual enactment, printing and publishing of Acts of the Legislature, also provides that:

... either of those languages may be used by any person, or in any Pleading or Process, in or issuing from any Court of Canada established under the Constitution Act, 1867, or in or from all or any of the Courts of the Province.

The question of whether these words require that a summons be printed in both languages was not argued before this Court though there are several references to it in the appellant's factum. The issue was raised before the Manitoba Court of Appeal which was unanimous in finding that the words did not require bilingual printing of the summons.

I am content to follow the majority of this Court in *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, which is being rendered concurrently, in answering the question of whether s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* requires bilingual printing of the summons. That case involves an interpretation of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* which was enacted only three years prior to the *Manitoba Act, 1870*. The text of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* relating to the issuing of court process is virtually the same as that with which we are concerned in the present appeal. In the *MacDonald* case, the majority holds that a unilingual summons and charge does not contravene s. 133. The same conclusion applies in respect of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

V

Le caractère exécutoire et l'efficacité d'une sommation délivrée en anglais seulement

En l'espèce, la sommation a été délivrée en anglais seulement. Il est donc nécessaire d'établir si une sommation doit être rédigée à la fois en français et en anglais pour être valide. L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, en plus d'exiger l'adoption, l'impression et la publication bilingues des lois de la Législature, prévoit aussi que:

... dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada, qui sont établis sous l'autorité de la Loi constitutionnelle de 1867, et par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues.

La question de savoir si ces termes exigent qu'une sommation soit imprimée dans les deux langues n'a pas été débattue en cette Cour, même si elle est mentionnée à plusieurs reprises dans le mémoire de l'appelant. La question a été soulevée devant la Cour d'appel du Manitoba qui a conclu à l'unanimité que ces mots n'exigeaient pas que la sommation soit imprimée dans les deux langues.

Je me contenterai de suivre les motifs de cette Cour à la majorité, dans l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, rendu en même temps que le présent arrêt, pour répondre à la question de savoir si l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* exige que la sommation soit imprimée dans les deux langues. Dans cette affaire, il s'agissait d'interpréter l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, adoptée trois ans seulement avant la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Le texte de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la délivrance d'un acte de procédure judiciaire est pratiquement le même que celui qui nous intéresse en l'espèce. Dans l'affaire *MacDonald*, la Cour à la majorité conclut qu'une sommation et une inculpation unilingues ne contraviennent pas à l'art. 133. La même conclusion s'applique dans le cas de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

VI

The Conviction Under *The Highway Traffic Act*

The Highway Traffic Act was not enacted, printed, and published in English and French and it is thereby invalid. The question, then, is whether the provincial court judge had *de facto* authority to convict under *The Highway Traffic Act*. In the *Reference re Manitoba Language Rights* the Court stated at p. 757 that:

... the *de facto* authority of officials and entities acting under the invalid laws of the Manitoba Legislature will cease on the date of this judgment since all colour of authority ceases on that date.

In the present case, the very basis of the appellant's appeal from conviction is the invalidity of the statute under which he is convicted. The invalidity was raised as a defense to the charge, and the holding of the Provincial Court that the statute was valid was appealed to the Manitoba Court of Appeal and then to this Court. I do not believe that a trial judge can be said to be acting under colour of authority when the very ground for the defense is the invalidity of his authority and when his or her decision on this point is appealed. If a person is convicted under a statute which, on appeal from conviction, is deemed invalid, the conviction cannot be saved by invoking *de facto* authority on the part of the judge.

The conviction is, however, saved by the principle of rule of law. One of the manifestations of this principle with respect to the legal situation in Manitoba is stated in the *Reference re Manitoba Language Rights*, at p. 768:

All rights, obligations and any other effects which have arisen under Acts of the Manitoba Legislature which are purportedly repealed, spent, or would currently be in force were it not for their constitutional defect, and which are *not* saved by the *de facto* doctrine, or doctrines such as *res judicata* and mistake of law, are deemed temporarily to have been, and to continue to be,

VI

La déclaration de culpabilité prononcée en vertu de *The Highway Traffic Act*

The Highway Traffic Act n'a pas été adoptée, imprimée et publiée en français et en anglais, et est ainsi invalide. La question qui se pose alors est de savoir si le juge de la Cour provinciale avait l'autorité *de facto* pour prononcer une déclaration de culpabilité en vertu de cette loi. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour affirme ce qui suit, à la p. 757:

... l'autorité *de facto* des officiers et des entités qui agissent en vertu des lois invalides de la législature du Manitoba prendra fin à la date du présent jugement étant donné que toute apparence d'autorité cessera d'exister à cette date.

En l'espèce, le fondement même du pourvoi formé par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité est l'invalidité de la loi en vertu de laquelle il a été déclaré coupable. L'invalidité a été opposée comme moyen de défense à l'inculpation et la décision de la Cour provinciale, portant que la loi était valide, a fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel du Manitoba et, ensuite, à cette Cour. Je ne crois pas qu'on puisse dire qu'un juge de première instance a agi avec l'apparence d'autorité lorsque le moyen même qui est invoqué en défense est l'invalidité de son autorité et que sa décision sur ce point fait l'objet d'un appel. Si une personne est déclarée coupable en vertu d'une loi qui, au moment de l'appel de la déclaration de culpabilité, est réputée invalide, cette déclaration de culpabilité ne peut être sauvée en invoquant l'autorité *de facto* du juge.

Toutefois, le principe de la primauté du droit permet de sauver cette déclaration de culpabilité. On trouve une manifestation de ce principe dans le contexte de la situation juridique du Manitoba, à la p. 768 du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*:

Tous les droits, obligations et autres effets qui ont découlé des lois de la législature du Manitoba qui sont apparemment abrogées ou périmées ou qui seraient actuellement en vigueur n'étaient-ce du vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel, et qui *ne* sont *pas* sauvés par l'application du principe de la validité *de facto* ou de principes comme ceux de la chose jugée et de

enforceable and beyond challenge from the date of their creation to the expiry of the minimum period of time necessary for translation, re-enactment, printing and publishing of these laws.

Thus, the conviction of the appellant under the invalid *Highway Traffic Act* is enforceable pursuant to this Court's decision and order in the *Reference re Manitoba Language Rights*.

VII

Conclusion

To summarize, *The Summary Convictions Act* was enacted, printed and published in the English language only. It contravenes s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and is therefore invalid. Nevertheless, the *de facto* doctrine preserves the rights and obligations arising out of the issuance of a summons by a provincial court under colour of authority of *The Summary Convictions Act* prior to this Court's decision in the *Reference re Manitoba Language Rights*. The summons in the present case is therefore not subject to challenge on the grounds that the Act was passed in English only.

Section 23 of the *Manitoba Act, 1870* does not require a summons for a Manitoba court to be bilingual or printed in the language of choice of its recipient. The summons to the appellant is therefore effective and enforceable in all respects.

The Highway Traffic Act was also not enacted or published in French. It too is invalid. The *de facto* doctrine does not preserve a conviction under an invalid statute when the defendant raises the validity of the statute as his defense. However, the principle of rule of law preserves the enforceability of the conviction in accordance with the judgment and order of this Court in the *Reference re Manitoba Language Rights*.

l'erreur de droit, sont réputés temporairement avoir été pleinement exécutoires et incontestables et continuer de l'être à compter de la date où ils ont commencé à exister jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour traduire, adopter, imprimer et publier ces lois.

Ainsi la déclaration de culpabilité de l'appellant, fondée sur *The Highway Traffic Act* qui est invalide, est exécutoire conformément à l'arrêt et à l'ordonnance de cette Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*.

VII

Conclusion

Pour résumer, *The Summary Convictions Act* a été adoptée, imprimée et publiée en langue anglaise uniquement. Elle contrevient à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et est donc invalide. Néanmoins, l'application du principe de la validité *de facto* a pour effet de préserver les droits et obligations découlant de la délivrance d'une sommation par une cour provinciale avec l'apparence d'autorité en vertu de *The Summary Convictions Act*, avant l'arrêt rendu par cette Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*. La sommation en l'espèce ne peut donc être contestée pour le motif que la loi en question a été adoptée en anglais uniquement.

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* n'exige pas qu'une sommation délivrée par un tribunal manitobain soit bilingue ou imprimée dans la langue choisie par son destinataire. La sommation adressée à l'appellant est donc exécutoire et efficace à tous égards.

The Highway Traffic Act n'a pas non plus été adoptée ou publiée en français. Elle aussi est invalide. Le principe de la validité *de facto* ne permet pas de sauver une déclaration de culpabilité prononcée en vertu d'une loi invalide lorsque le défendeur soulève la validité de cette loi comme moyen de défense. Cependant, le principe de la primauté du droit a pour effet de préserver le caractère exécutoire de la déclaration de culpabilité conformément à l'arrêt et à l'ordonnance de cette Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*.

A constitutional question was stated for this Court in the following form:

Are *The Summary Convictions Act*, R.S.M. 1970, c. S230 and *The Highway Traffic Act*, R.S.M. 1970, c. H60 *ultra vires*, invalid, or inoperative by reason of the fact that they were not printed and published in both the English and French languages as required by s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, 33 Vict., c. 3 (Canada), but in English only?

It follows from the *Reference re Manitoba Language Rights* that the answer is:

Yes, these Acts are invalid, but they will be deemed to be temporarily valid for the period of time prescribed by this Court in its Order, reported at [1985] 2 S.C.R. 347, for their translation, re-enactment, printing and publication in both languages.

The appeal is therefore dismissed.

Although the appellant's conviction will stand, it must be acknowledged that he was successful in challenging the constitutional validity of the unilingual statutes. He was also successful in asserting that the requirements of s. 23 were mandatory. The appellant's conviction only stands because of the application by this Court of the rule of law principle to avoid legal chaos in Manitoba, which would have otherwise resulted from the appellant's successful challenge to the legislation of Manitoba enacted since 1890. In the very special circumstances of this case, it is appropriate that the appellant be awarded his costs in this Court and in the Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (*dissenting*)—I agree with the Chief Justice for the reasons given by him that the summons served on the appellant is not invalid by virtue only of the fact that it was issued pursuant to an invalid statute. However, for the reasons I gave in *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, (released concurrently herewith), I believe it violates the appellant's linguistic rights under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and is invalid for that reason. In my view, just as a person living in the Province of Quebec whose language is English is entitled under s. 133 of the

La Cour a été saisie de la question constitutionnelle suivante:

Est-ce que la loi dite *The Summary Convictions Act*, R.S.M. 1970, chap. S230 et la loi dite *The Highway Traffic Act*, R.S.M. 1970, chap. H60, sont *ultra vires*, invalides ou inopérantes en raison du fait qu'elles ont été imprimées et publiées uniquement en anglais et non pas en anglais et en français tel que stipulé par l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict., chap. 3 (Canada)?

Il s'ensuit du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* que cette question doit recevoir la réponse suivante:

Oui, ces lois sont invalides, mais elles seront réputées temporairement valides durant la période fixée par cette Cour, dans son ordonnance publiée à [1985] 2 R.C.S. 347, pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier dans les deux langues.

Le pourvoi est donc rejeté.

Bien que la déclaration de culpabilité de l'appellant soit maintenue, il faut reconnaître qu'il a eu gain de cause en attaquant la constitutionnalité des lois unilingues. Il a aussi démontré avec succès que les exigences de l'art. 23 sont impératives. La déclaration de culpabilité de l'appellant n'est maintenue que parce que la Cour a appliqué le principe de la primauté du droit, afin d'éviter le chaos juridique au Manitoba qui autrement aurait résulté de la contestation, couronnée de succès, par l'appellant, des lois manitobaines adoptées depuis 1890. Vu les circonstances très spéciales de la présente affaire, il convient d'accorder à l'appellant ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (*dissidente*)—Je conviens avec le Juge en chef, pour les motifs qu'il a exprimés, que la sommation signifiée à l'appellant n'est pas invalide du seul fait qu'elle a été délivrée conformément à une loi invalide. Mais, pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460 (rendu en même temps que le présent arrêt), je crois qu'elle enfreint les droits linguistiques que confère à l'appellant l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et qu'elle est invalide pour cette raison. À mon avis, tout comme la personne anglophone qui

Constitution Act, 1867 to an accommodation of his or her linguistic rights in the issuance of a French summons, so also is a person who is living in the Province of Manitoba whose language is French entitled under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* to a similar accommodation in the issuance of an English summons. As I stated in *MacDonald* the state's obligation can be discharged by an addendum to the summons in the other official language notifying the recipient of the nature and importance of the document and directing him or her to obtain a translation from court officials.

Having regard to the position I take on the invalidity of the summons it is not necessary for me to express a view on whether the appellant's conviction is preserved by this Court's decision in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, and I do not do so.

I agree with the Chief Justice's answer to the constitutional question. I would allow the appeal with costs to the appellant throughout.

Appeal dismissed, WILSON J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Vaughan L. Baird, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

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

Solicitor for the intervener the Société franco-manitobaine: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Solicitor for the intervener Alliance Quebec: Stephen A. Scott, Montréal.

habite la province de Québec a droit, en vertu de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à ce qu'on donne suite à ses droits linguistiques en délivrant une sommation en français, de même, la personne francophone qui habite la province du Manitoba a droit, en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, à un accommodement similaire lorsqu'on délivre une sommation en anglais. Comme je l'ai affirmé dans l'affaire *MacDonald*, l'obligation de l'État peut être remplie en ajoutant à la sommation une note rédigée dans l'autre langue officielle, informant le destinataire de la nature et de l'importance du document et de la possibilité d'obtenir une traduction auprès des fonctionnaires du tribunal.

Compte tenu de la position que d'ajoute quant à l'invalidité de la sommation, il ne m'est pas nécessaire d'exprimer d'opinion sur la question de savoir si la déclaration de culpabilité de l'appelant est préservée par l'arrêt de cette Cour *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, et je m'abstiens de le faire.

Je souscris à la réponse donnée par le Juge en chef à la question constitutionnelle. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens accordés à l'appelant dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté, le juge WILSON est dissidente.

Procureur de l'appelant: Vaughan L. Baird, Winnipeg.

Procureur de l'intimé: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

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

Procureur de l'intervenante la Société franco-manitobaine: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Alliance Québec: Stephen A. Scott, Montréal.

Duncan Cross MacDonald *Appellant*;

and

City of Montreal *Respondent*;

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Société franco-manitobaine and Alliance Quebec, Alliance for Language Communities in Quebec *Intervenors*.

File No.: 17528.

1984: December 18, 19: 1986: May 1.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Appeal — Jurisdiction of Supreme Court of Canada — Leave to appeal refused by Court of Appeal — Whether leave to appeal to Supreme Court of Canada may be granted by the Supreme Court — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1).

Constitutional law — Language rights — Court proceedings — English-speaking person in Quebec given summons for traffic violation in French only — Whether summonses emanating from Quebec courts constitutionally valid if issued in one or other of the official languages — Constitution Act, 1867, s. 133.

Appearing before the Municipal Court of the City of Montréal to answer a charge of violating a municipal by-law, appellant, an English-speaking person, unsuccessfully challenged the jurisdiction of the court to proceed against him on the ground that the unilingual French summons issued by the court violated his fundamental rights as an English speaker under s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. In a trial *de novo* in the Superior Court, appellant was again convicted. The court concluded that documents such as summonses emanating from the province's courts must be considered constitutionally valid so long as they are issued in one or other of the French or English languages. The Court of Appeal refused to grant leave to appeal from the judgment of the Superior Court. This appeal raises two issues: (1) whether the Supreme Court has jurisdiction to hear a case for which leave to appeal to a provincial

Duncan Cross MacDonald *Appelant*;

et

Ville de Montréal *Intimée*;

^a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, la Société franco-manitobaine et Alliance Québec, Alliance pour les communautés linguistiques au Québec *Intervenants*.

N° du greffe: 17528.

^c 1984: 18, 19 décembre; 1986: 1^{er} mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

^d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Appel — Compétence de la Cour suprême du Canada — Autorisation d'appel refusée par la Cour d'appel — Une autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada peut-elle être accordée par la Cour suprême? — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41(1).

Droit constitutionnel — Droits linguistiques — Procédures judiciaires — Sommation adressée en français seulement à un anglophone au Québec relativement à une infraction à la circulation routière — Les sommations émanant des tribunaux québécois sont-elles constitutionnellement valides lorsqu'elles sont délivrées dans l'une ou l'autre des langues officielles? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.

Comparaisant en Cour municipale de la ville de Montréal pour répondre à une accusation d'infraction à un règlement municipal, l'appelant, un anglophone, a en vain contesté la compétence de la cour d'être saisie de son affaire, parce que la sommation unilingue française qu'elle avait délivrée violait ses droits fondamentaux d'anglophone en vertu de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Au cours d'un procès *de novo* en Cour supérieure, l'appelant a été de nouveau reconnu coupable. La cour a conclu que les documents comme les sommations émanant des tribunaux de la province doivent être tenus constitutionnellement valides dans la mesure où ils sont délivrés dans l'une ou l'autre des langues française ou anglaise. La Cour d'appel a refusé d'accorder l'autorisation d'appeler du jugement de la Cour supérieure. Le pourvoi soulève deux questions: (1) la Cour suprême peut-elle connaître d'une affaire pour

court of appeal was denied by the provincial court of appeal and (2) if so, whether the summons, being expressed in the French language only, and not in the language of the English-speaking accused, offends the provisions of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, resulting in a total absence of jurisdiction of the court to proceed against him.

Held (Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

(1) *The Jurisdictional Issue*

Per Beetz, Estey, McIntyre, Lamer and Le Dain JJ.: This Court has jurisdiction to hear this case. It is a jurisdiction which, for obvious reasons of policy and comity, should be exercised most sparingly, in very rare cases such as this one, where there is a risk that a question of major constitutional importance might otherwise be put beyond the possibility of review by this Court.

Per Dickson C.J. and Wilson J.: This Court has jurisdiction pursuant to s. 41(1) of the *Supreme Court Act* to review the Quebec Court of Appeal's decision not to grant leave to appeal from a judgment at trial. While the Court should in general maintain an attitude of deference to the exercise of judicial discretion by intermediate appellate courts, it should not hesitate, in light of the broad language of s. 41(1) and the role of the Court as the ultimate appellate tribunal, to interfere with discretionary decisions on those rare occasions when it perceives legal principles of national, and more particularly, constitutional significance to be at stake. To the extent that the *Ernewein* and *Nicholson* cases are inconsistent with this view, they should not be followed.

Cases Cited

By Beetz J.

Paul v. The Queen, [1960] S.C.R. 452; *Walsh v. City of Montreal* (1980), 55 C.C.C. (2d) 299 (Que. S.C.), application for leave to appeal refused, Mtl. C.A., November 10, 1980; *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1981] 1 S.C.R. 92, referred to.

By Wilson J.

Ernewein v. Minister of Employment and Immigration, [1980] 1 S.C.R. 639; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1981] 1 S.C.R. 92, not followed; *R. v. Gardiner*, [1982]

laquelle une cour d'appel provinciale a refusé l'autorisation d'en appeler devant elle, et (2) si c'est le cas, la sommation, rédigée en français uniquement, et non dans la langue du prévenu anglophone, porte-t-elle atteinte aux dispositions de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, privant ainsi totalement la cour de compétence pour le juger?

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

b (1) *La question de compétence*

Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Le Dain: La Cour suprême a compétence pour connaître de l'affaire. Elle exerce ainsi une compétence qui, pour des raisons évidentes de principe et de courtoisie, ne devrait l'être qu'avec la plus grande modération, dans les cas très rares où, comme en l'espèce, il y a un risque qu'une question d'une importance constitutionnelle majeure puisse échapper autrement à la possibilité d'être examinée par cette Cour.

Le juge en chef Dickson et le juge Wilson: La Cour suprême a la compétence, en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, pour réviser la décision de la Cour d'appel du Québec de ne pas accorder l'autorisation d'en appeler d'une décision de première instance. Bien que la Cour doive en général avoir une attitude de déférence envers le pouvoir discrétionnaire judiciaire exercé par les cours d'appel intermédiaires, elle ne devrait pas hésiter, vu le caractère général du texte du par. 41(1) et de son rôle de tribunal d'appel de dernier ressort, à intervenir dans les décisions discrétionnaires dans les rares cas où elle juge que des principes de droit d'importance nationale, et particulièrement en matière constitutionnelle, sont en jeu. Dans la mesure où les arrêts *Ernewein* et *Nicholson* sont incompatibles avec ce point de vue, ils ne devraient pas être suivis.

Jurisprudence

Citée par le juge Beetz

h Arrêts mentionnés: *Paul v. The Queen*, [1960] R.C.S. 452; *Walsh v. City of Montreal* (1980), 55 C.C.C. (2d) 299 (C.S. Qué.), autorisation d'appel refusée, C.A. Mtl., 10 novembre 1980; *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1981] 1 R.C.S. 92.

Citée par le juge Wilson

j Arrêts non suivis: *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1981] 1 R.C.S. 92; arrêts mentionnés: *R. c.*

2 S.C.R. 368; *R. v. Joseph* (1900), 6 C.C.C. 144; *Walsh v. City of Montreal* (1980), 55 C.C.C. (2d) 299 (Que. S.C.), application for leave to appeal refused, Mtl. C.A., November 10, 1980, referred to.

(2) *The Constitutional Issue*

Per Beetz, Estey, McIntyre, Lamer and Le Dain JJ.: The summons in French given to the English-speaking appellant did not offend the provisions of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. On the plain meaning of s. 133, as construed by this Court in the two *Blaikie* cases, appellant has no right to be summoned before a court of Quebec by a process issued in his own language. The section provides that a process issued from a Quebec court may be in either of the official languages. If there is a right to use either language, there can be no obligation nor a duty to use the other. In judicial proceedings in the courts covered by s. 133, the language rights protected are those of litigants, counsel, witnesses, judges and other judicial officers who actually speak, not those of parties or others who are spoken to; and they are those of the writers or issuers of written pleadings and processes, not those of the recipients or readers thereof. In the case at bar, there is therefore no doubt that the summons was valid. The Municipal Court of Montreal is a court of Quebec within the meaning of s. 133 and the summons—clearly a document covered by the first *Blaikie* decision—, considered as a command or as a charge, was a process issuing from such a court or under its authority. It may then be unilingual in either the French or the English language.

It may well be desirable or fair that summonses be bilingual to ensure comprehension by the recipient, but such a requirement is not imposed by the explicit provision of s. 133. The section has not introduced a comprehensive scheme of official bilingualism but a limited form of compulsory bilingualism at the legislative level, combined with an even more limited form of optional unilingualism in Parliamentary debates and in judicial proceedings. This incomplete but precise scheme is a constitutional minimum which resulted from an historical compromise arrived at by the founding people who agreed upon the terms of the federal union. The scheme is couched in a language which is capable of containing necessary implications, which can be complemented by federal and provincial legislation, and it is a scheme which can be modified by way of constitutional amendment. But it is not open to the courts under the guise of interpretation, to improve upon, supplement or amend this historical constitutional compromise.

Gardiner, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. v. Joseph* (1900), 6 C.C.C. 144; *Walsh v. City of Montreal* (1980), 55 C.C.C. (2d) 299 (C.S. Qué.), autorisation d'appel refusée, C.A. Mtl., 10 novembre 1980.

^a (2) *La question constitutionnelle*

Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Le Dain: La sommation en français remise à l'appelant anglophone ne porte pas atteinte aux dispositions de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'après le texte même de l'art. 133, tel que notre Cour l'a interprété dans les deux affaires *Blaikie*, l'appelant ne jouit pas du droit d'être cité à comparaître devant un tribunal du Québec par des pièces de procédure rédigées dans sa propre langue. Cet article porte qu'une pièce de procédure émanant d'un tribunal québécois peut être en l'une ou l'autre des langues officielles. S'il existe un droit de recourir à l'une ou l'autre langue, il ne peut y avoir d'obligation d'utiliser l'une d'elles. Dans les affaires devant les tribunaux visés par l'art. 133, les droits linguistiques garantis sont ceux des justiciables, des avocats, des témoins, des juges et autres officiers de justice qui prennent effectivement la parole, non ceux des parties ou autres personnes à qui l'on s'adresse; ce sont aussi ceux des rédacteurs et des auteurs des actes et pièces de procédure, non ceux de leur destinataire ou de leur lecteur. En l'espèce, il ne fait donc aucun doute que la sommation est valide. La Cour municipale de Montréal est un tribunal du Québec au sens de l'art. 133 et la sommation—manifestement un acte visé par le premier arrêt *Blaikie*—qu'on la considère comme un ordre ou une inculpation, est une pièce de procédure émanant de ce tribunal ou délivrée sous son autorité. Elle peut donc être unilingue, en langue française ou anglaise.

Il peut bien être souhaitable ou juste que les sommations soient bilingues pour assurer que leur destinataire les comprenne, mais ce n'est pas une obligation imposée par la disposition expresse de l'art. 133. Cet article n'a pas introduit un système de bilinguisme officiel global, mais plutôt une forme limitée de bilinguisme obligatoire au niveau législatif, combinée à une forme encore plus limitée d'unilinguisme optionnel dans les débats parlementaires et dans les procédures judiciaires. Ce système incomplet, mais précis, constitue un minimum constitutionnel résultant d'un compromis historique intervenu entre les fondateurs quand ils ont convenu des modalités de l'union fédérale. Le système est formulé en des termes susceptibles de comporter des implications nécessaires et qui peuvent être complétés par la législation fédérale et provinciale; c'est aussi un système qui peut être changé par voie de modification constitutionnelle. Mais il n'appartient pas aux tribunaux, sous couvert d'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y ajouter ou de le modifier.

The requirements of natural justice and procedural fairness should not be invoked to construe s. 133. These requirements protect not language rights but other rights which the section was never intended to safeguard and with which it is entirely unrelated. It is axiomatic that everyone has a common law right to a fair hearing, including the right to be informed of the case one has to meet and the right to make full answer and defence. Where the defendant cannot understand the proceedings because he is unable to understand the language in which they are being conducted, the effective exercise of these rights may well impose a consequential duty upon the court to provide adequate translation. But the right of the defendant to understand what is going on in court is not a language right but simply an aspect of the right to a fair hearing.

Per Dickson C.J.: The unilingual summons received by the appellant did not offend s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. The words of the section, as construed by this Court in the first *Blaikie* decision, empower the courts of Quebec to issue unilingual documents. Any implied affirmative obligation which may be cast upon the "State" to give effect to a litigant's right to use either French or English is necessarily subordinated to the express authority of courts to issue process in one language only. It is therefore unnecessary in the present case to consider the precise extent of the litigant's right to use either language in the judicial setting.

Per Wilson J., dissenting: The Municipal Court of the City of Montréal had no jurisdiction to proceed against the appellant on the basis of a summons which violated his linguistic rights under s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. The right conferred on a litigant by that section to use his own language in judicial proceedings imposes a correlative duty on the state to respect and accommodate that right. The words may/either in s. 133 in relation to the language of court proceedings were not employed in order to confer an option on the state to choose the official language in which it wishes to deal with a litigant but to confer an option on the citizen.

The legislative history of the pre-1867 Acts from which s. 133 devolved demonstrates clearly that the focus of concern was meaningful access to the judicial system by users of both official languages. Section 133 reflects a similar concern. It recognizes the linguistic duality in the Province of Quebec and assures both French and English-speaking citizens that their linguistics

Les exigences de la justice naturelle et de l'équité dans la procédure ne devraient pas être invoquées dans l'interprétation de l'art. 133. Ces exigences ne protègent pas des droits linguistiques, mais d'autres droits que cet article n'a jamais eu pour but de sauvegarder et avec lesquels il n'a aucun rapport. Il va de soi que chacun jouit, en *common law*, du droit à un procès équitable, y compris le droit d'être informé de la preuve qui pèse contre lui, ainsi que le droit à une défense pleine et entière. Lorsque le défendeur ne comprend pas la procédure engagée contre lui, parce qu'il est incapable de comprendre la langue dans laquelle elle se déroule, l'exercice effectif de ces droits peut fort bien imposer au tribunal une obligation corrélatrice de fournir une traduction appropriée. Mais le droit du défendeur de comprendre ce qui se passe dans le prétoire n'est pas un droit linguistique, mais un aspect du droit à un procès équitable.

Le juge en chef Dickson: La sommation unilingue reçue par l'appellant ne porte pas atteinte à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les termes de cet article, tels que notre Cour les a interprétés dans le premier arrêt *Blaikie*, habilite les tribunaux du Québec à délivrer des actes unilingues. Toute obligation de faire implicite qui peut être imposée à «l'État» de donner suite au droit du justiciable d'employer le français ou l'anglais est nécessairement subordonnée au pouvoir exprès conféré aux tribunaux de délivrer une pièce de procédure en une seule langue. Il est donc inutile en l'espèce d'examiner l'étendue précise du droit du justiciable d'utiliser l'une ou l'autre langue dans le domaine judiciaire.

Le juge Wilson, dissidente: La Cour municipale de la ville de Montréal n'avait pas compétence pour procéder contre l'appellant en vertu d'une sommation qui violait les droits linguistiques que lui accorde l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le droit conféré à un justiciable par cet article d'utiliser sa propre langue au cours de procédures judiciaires impose une obligation correspondante à l'État de respecter ce droit et d'y donner suite. Le terme «pourra» à l'art. 133 à l'égard de la langue des procédures judiciaires n'a pas été employé pour donner à l'État le choix de la langue officielle dans laquelle il entend traiter avec le justiciable, mais il visait à donner le choix au particulier.

L'histoire législative des lois antérieures à 1867 dont l'art. 133 découle, indique clairement que la préoccupation principale était d'accorder aux utilisateurs des deux langues officielles un accès réel au système judiciaire. L'article 133 exprime une préoccupation analogue. Il reconnaît la dualité linguistique qui existe dans la province de Québec et garantit aux citoyens de langue

tic rights will be protected by the state in a meaningful fashion. The purpose of the section is to put the two official languages on an equal footing. It follows from this that the state's obligation is not satisfied if its courts and their documents speak in either French or English without regard to the language of the litigant. To fulfil its obligation, the state must deal with a litigant in the language he understands. Therefore, to comply with s. 133, the initiating documents emanating from the court must, at a minimum, contain a directive to the recipient in the official language he understands alerting him to the importance of the document and advising him where to apply for a translation.

Cases Cited

By Beetz J.

Walsh v. City of Montreal (1980), 55 C.C.C. (2d) 299; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312, applied; *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393; *Shaw v. City of Montreal* (1982), 70 C.C.C. (2d) 19; *Forest v. Registrar of Court of Appeal of Manitoba*, [1977] 5 W.W.R. 347; *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *Attorney General of Ontario v. Reale*, [1975] 2 S.C.R. 624; *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373; *Sadjade v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 361, referred to.

By Dickson C.J.

Attorney General of Quebec v. Blaikie, [1979] 2 S.C.R. 1016, applied.

By Wilson J. (dissenting)

Attorney General of Quebec v. Blaikie, [1981] 1 S.C.R. 312; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Holme v. Guy* (1877), 5 Ch. D. 901; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Veillette v. The King* (1919), 58 S.C.R. 414; *R. v. Talon*, Que. K.B., February 4, 1812, reported and discussed at (1945), 5 *R. du B.* 201; *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1979] 3 All E.R. 21; *Walsh v. City of Montreal* (1980), 55 C.C.C. (2d) 299; *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393; *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *Ridge v. Bal-*

française et de langue anglaise que l'État protégera leurs droits linguistiques de façon efficace. Le but de l'article est de mettre les deux langues sur un pied d'égalité. Il s'ensuit que l'État ne satisfait pas à son obligation si les tribunaux s'expriment et rédigent leurs documents en anglais ou en français sans tenir compte de la langue du justiciable. Pour remplir son obligation, l'État doit traiter avec un justiciable dans la langue qu'il comprend. Donc, pour respecter l'art. 133, les documents introductifs d'instance émanant d'un tribunal doivent, à tout le moins, comprendre une indication expliquant au destinataire dans la langue officielle qu'il comprend, l'importance du document et l'informant où il peut en demander une traduction.

c Jurisprudence

Citée par le juge Beetz

Arrêts appliqués: *Walsh v. City of Montreal* (1980), 55 C.C.C. (2d) 299; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; arrêts mentionnés: *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393; *Shaw v. City of Montreal* (1982), 70 C.C.C. (2d) 19; *Forest v. Registrar of Court of Appeal of Manitoba*, [1977] 5 W.W.R. 347; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Procureur général de l'Ontario c. Reale*, [1975] 2 R.C.S. 624; *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373; *Sadjade c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 361.

f Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt appliqué: *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Procureur général du Québec c. Blaikie, [1981] 1 R.C.S. 312; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Holme v. Guy* (1877), 5 Ch. D. 901; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Veillette v. The King* (1919), 58 R.C.S. 414; *R. c. Talon*, B.R. Qué., 4 février 1812, publié et analysé à (1945), 5 *R. du B.* 201; *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1979] 3 All E.R. 21; *Walsh v. City of Montreal* (1980), 55 C.C.C. (2d) 299; *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393; *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *Ridge v. Bal-*

dwin, [1964] A.C. 40; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Re Potma and The Queen* (1983), 2 C.C.C. (3d) 383; *Mercure v. Attorney-General of Saskatchewan*, [1986] 2 W.W.R. 1.

Statutes and Regulations Cited

Act for the Division of the Province of Lower Canada, for Amending the Judicature thereof, and for Repealing Certain Laws Therein Mentioned, 1793 (L.C.), 34 Geo. 3, c. 6, s. 29.

Act for the establishment of a better Court of Appeals in Lower Canada, 1843 (Can.), 7 Vict., c. 18, ss. I, X.

Act respecting Jurors and Juries, 1864 (Can.), 27 & 28 Vict., c. 41, s. 7(2).

Act respecting Municipalities and Roads in Lower Canada, C.S.L.C. 1861, c. 24, ss. 5(17), 7(2), 27(14).

Act respecting the Constitution Act, 1982, 1982 (Que.), c. 21.

Act respecting the Court of Queen's Bench, C.S.L.C. 1861, c. 77, s. 28.

Act respecting the ordinary Procedure in the Superior and Circuit Courts, C.S.L.C. 1861, c. 83, ss. 1, 2.

Act to amend the Act intituled, An Act to regulate the summoning of Jurors in Lower Canada, 1851 (Can.), 14 & 15 Vict., c. 89, ss. I, III, IV.

Act to amend the Law relative to the Administration of Justice in Lower Canada, 1846 (Can.), 9 Vict., c. 29, s. I.

Act to amend the Laws relative to the Courts of Original Civil Jurisdiction in Lower-Canada, 1849 (Can.), 12 Vict., c. 38, ss. XIX, XCIV.

Act to establish a Superior Court of Civil and Criminal Jurisdiction, and to regulate the Court of Appeal, 1794 (U.C.), 34 Geo. 3, c. 2, s. IX [rep. 1822 (U.C.), 2 Geo. 4, c. 1].

Act to provide for the translation into the French Language of the Laws of this Province, and for other purposes connected therewith, 1841 (Can.), 4 & 5 Vict., c. 11, ss. I, II, III.

Act to repeal certain Acts and Ordinances therein mentioned, and to make better provision for the Administration of Justice in Lower Canada, 1843 (Can.), 7 Vict., c. 16, ss. XVIII, LIV.

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(e), (g).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2, 7, 11(a), 14, 33.

Charter of the city of Montreal, 1960, 1959-60 (Qué.), c. 102, ss. 1126 [repl. 1966-67 (Qué.), c. 86, s. 61; repl. 1971 (Qué.), c. 96, s. 72; repl. 1977 (Qué.), c. 77, s. 167], 1140 [repl. 1966-67 (Qué.), c. 86, s. 53; repl. 1971 (Qué.), c. 96, s. 75; am. 1972 (Qué.), c. 76, s. 20; repl. 1977 (Qué.), c. 77, s. 170].

Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(14), 133.

Constitution Act, 1871, R.S.C. 1970, App. II, No. 11.

dwin, [1964] A.C. 40; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Re Potma and The Queen* (1983), 2 C.C.C. (3d) 383; *Mercure v. Attorney-General of Saskatchewan*, [1986] 2 W.W.R. 1.

^a Lois et règlements cités

Act to establish a Superior Court of Civil and Criminal Jurisdiction and to regulate the Court of Appeal, 1794 (H.-C.), 34 Geo. 3, chap. 2, art. IX [abr. 1822 (H.-C.), 2 Geo. 4, chap. 1].

^b *Acte concernant la Cour du Banc de la Reine*, S.R.B.C. 1861, chap. 77, art. 28.

Acte concernant la procédure ordinaire dans la Cour Supérieure et la Cour de Circuit, S.R.B.C. 1861, chap. 83, art. 1, 2.

^c *Acte concernant les jurés et les jurys*, 1864 (Can.), 27 & 28 Vict., chap. 41, art. 7(2).

Acte concernant les Municipalités et les Chemins dans le Bas Canada, S.R.B.C. 1861, chap. 24, art. 5(17), 7(2), 27(14).

^d *Acte d'Union, 1840*, 1840 (R.-U.), 3 & 4 Vict., chap. 35 [reproduit aux S.R.C. 1970, app. II, n° 4].

Acte pour abroger certains Actes et Ordonnances y mentionnés, et pour mieux pourvoir à l'administration de la Justice dans le Bas-Canada, 1843 (Can.), 7 Vict., chap. 16, art. XVIII, LIV.

Acte pour amender l'acte intitulé: Acte pour régler l'assignation des jurés dans le Bas-Canada, 1851 (Can.), 14 & 15 Vict., chap. 89, art. I, III, IV.

Acte pour amender la loi relative à l'administration de la Justice dans le Bas Canada, 1846 (Can.), 9 Vict., chap. 29, art. I.

^f *Acte pour amender les lois relatives aux cours de juridiction civile en première instance, dans le Bas-Canada*, 1849 (Can.), 12 Vict., chap. 38, art. XIX, XCIV.

^g *Acte pour établir une meilleure Cour d'Appel dans le Bas-Canada*, 1843 (Can.), 7 Vict., chap. 18, art. I, X.

Acte pour pourvoir à ce que les Lois de cette Province soient traduites dans la Langue Française, et pour d'autres objets y relatifs, 1841 (Can.), 4 & 5 Vict., chap. 11, art. I, II, III.

^h *Acte qui divise la Province du Bas-Canada, qui amende la Judicature d'icelle, et qui rappelle certaines Loi y mentionnées*, 1793 (B.-C.), 34 Geo. 3, chap. 6, art. 29.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2, 7, 11a), 14, 33.

ⁱ *Charte de la Ville de Montréal, 1960, 1959-60* (Qué.), chap. 102, art. 1126 [repl. 1966-67 (Qué.), chap. 86, art. 61; rempl. 1971 (Qué.), chap. 96, art. 72; rempl. 1977 (Qué.), chap. 77, art. 167], 1140 [repl. 1966-67 (Qué.), chap. 86, art. 53; rempl. 1971 (Qué.), chap. 96, art. 75; mod. 1972 (Qué.), chap. 76, art. 20; rempl. 1977 (Qué.), chap. 77, art. 170].

^j *Code Municipal de la Province de Québec, 1870* (Qué.),

Constitution Act, 1982.

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 31(3) [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 9(2)].

Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, No. 8, s. 23.

Municipal Code of the Province of Quebec, 1870 (Que.), c. 68, s. 224.

Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2.

Ordinance to regulate the proceedings, in certain cases, in the Court of King's Bench, and to give the subject the benefit of Appeal from Large Fines (1787), 27 Geo. 3, c. 1.

Ordinance to regulate the proceedings in the courts of civil judicature, and to establish Trials by Juries in actions of a commercial nature and personal wrongs to be compensated in damages (1785), 25 Geo. 3, c. 2 [rep. 1801 (L.C.), 41 Geo. 3, c. 7].

Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 38, 39 [rep. & subs. R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 44, s. 2], 41 [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c. 18, s. 5], 44.

Summary Convictions Act, R.S.Q. 1977, c. P-15, s. 108.

Union Act, 1840, 1840 (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 35 [reproduced R.S.C. 1970, App. II, No. 4].

chap. 68, art. 224.

Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2e), g).

Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, 1982 (Qué.), chap. 21.

^a *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(14), 133.

Loi constitutionnelle de 1871, S.R.C. 1970, app. II, n° 11.

Loi constitutionnelle de 1982.

^b *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.R.C. 1970, app. II, n° 8, art. 23.

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 31(3) [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 9(2)].

^c *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 38, 39 [abr. & rempl. S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 44, art. 2], 41 [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 18, art. 5], 44.

Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, chap. O-2.

Loi sur les poursuites sommaires, L.R.Q. 1977, chap. P-15, art. 108.

^d *Ordonnance qui règle les formes de procéder, dans de certains cas, en la Cour du Banc du Roi, et qui donne au sujet le bénéfice d'apel de fortes amendes* (1787), 27 Geo. 3, chap. 1.

^e *Ordonnance qui règle les formes de procéder dans les Cours Civiles de Judicature, et qui établit les procès par Jurés dans les affaires de commerce, et d'injures personnelles qui doivent être compensées en domages, en la Province de Québec* (1785), 25 Geo. 3, chap. 2 [abr. 1801 (B.-C.), 41 Geo. 3, chap. 7].

^f **Doctrine citée**

Authors Cited

Austin on Jurisprudence, vol. 1, 5th ed. by R. Campbell, London, 1885.

Beaudoin, G.-A. "Le décor historique et constitutionnel" (1983), 14 *R.G.D.* 227.

Bowker, W. F. "Basic Rights and Freedoms: What are they?" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 43.

Canada. *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Studies No. 10, *The Law of Languages in Canada*, 1971.

Coode, G. *On Legislative Expression*, 2nd ed., 1852.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

Hart, H. L. A. "Definition and Theory in Jurisprudence" (1954), 70 *L.Q.R.* 37.

Hegel, G. W. *Philosophy of Right*, trans. by T.M. Knox, Oxford, Clarendon Press, 1942.

Hohfeld, W. N. *Fundamental Legal Conceptions*, ed. by W. W. Cook, New Haven, Yale University Press, 1923.

^j *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 2, 2nd ed. by John Burke, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1977, "process".

Austin on Jurisprudence, vol. 1, 5th ed. by R. Campbell, London, 1885.

^g Beaudoin, G.-A. «Le décor historique et constitutionnel» (1983), 14 *R.G.D.* 227.

Bowker, W. F. «Basic Rights and Freedoms: What are they?» (1959), 37 *R. du B. can.* 43.

^h Canada. *Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, étude n° 10, *The Law of Languages in Canada*, 1971.

Coode, G. *On Legislative Expression*, 2nd ed., 1852.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

Hart, H. L. A. «Definition and Theory in Jurisprudence» (1954), 70 *L.Q.R.* 37.

ⁱ Hegel, G. W. *Principes de la philosophie du droit*, trad. par A. Kann, 13^e ed., Paris, Gallimard, 1940.

Hohfeld, W. N. *Fundamental Legal Conceptions*, ed. by W. W. Cook, New Haven, Yale University Press, 1923.

^j *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 2, 2nd ed. by John Burke, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1977, «process».

Lederman, W. R. "The Nature and Problems of a Bill of Rights" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 4.
 Marx, H. "Language Rights in the Canadian Constitution" (1967), 2 *R.J.T.* 239.
 Nantel, M. "La langue française au Palais" (1945), 5 *R. du B.* 201.
 Ontario. *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, Queen's Printer, 1968.
Salmond on Jurisprudence, 11th ed. by G. Williams, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1957.
 Stone J. *The Province and Function of Law*, Sydney, Associated General Publications Pty. Ltd., 1946.
 Tremblay, A. "The Language Rights (Ss. 16 to 23)" in W. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, Toronto, Carswells, 1982.
 Weiler, P. "Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version" (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51.

APPEAL from a refusal of the Quebec Court of Appeal to grant leave to appeal from a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 998. Appeal dismissed, Wilson J. dissenting.

Walter J. Roustan and Henry S. Brown, for the appellant.

Neuville Lacroix, for the respondent.

Joseph Eliot Magnet, for the intervener the Société franco-manitobaine.

Stephen A. Scott, for the intervener Alliance Quebec, Alliance for Language Communities in Quebec.

James M. Mabbutt, for the intervener the Attorney General of Canada.

Réal-A. Forest and Lucie Angers, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I agree with Wilson J. as to the jurisdiction of this Court to entertain an appeal from the refusal of leave to appeal by an intermediate appellate court.

I concur in the conclusion of my colleague, Beetz J., that the unilingual summons received by

Lederman, W. R. «The Nature and Problems of a Bill of Rights» (1959), 37 *R. du B. can.* 4.
 Marx, H. «Language Rights in the Canadian Constitution» (1967), 2 *R.J.T.* 239.
 Nantel, M. «La langue française au Palais» (1945), 5 *R. du B.* 201.
 Ontario. *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, Queen's Printer, 1968.
Salmond on Jurisprudence, 11th ed. by G. Williams, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1957.
 Stone J. *The Province and Function of Law*, Sydney, Associated General Publications Pty. Ltd., 1946.
 Tremblay, A. «Les droits linguistiques» dans G.-A. Beaudoin et W. Tarnopolsky éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.
 Weiler, P. «Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version» (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51.

POURVOI contre un refus de la Cour d'appel du Québec d'accorder l'autorisation d'interjeter appel d'un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 998. Pourvoi rejeté, le juge Wilson est dissidente.

Walter J. Roustan et Henry S. Brown, pour l'appelant.

Neuville Lacroix, pour l'intimée.

Joseph Eliot Magnet, pour l'intervenante la Société franco-manitobaine.

Stephen A. Scott, pour l'intervenante Alliance Québec, Alliance pour les communautés linguistiques au Québec.

James M. Mabbutt, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Réal-A. Forest et Lucie Angers, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF—Je partage l'opinion de madame le juge Wilson pour ce qui est de la compétence qu'a cette Cour pour instruire le pourvoi formé contre la décision d'une cour d'appel intermédiaire de ne pas accorder une autorisation d'appel.

Je suis d'accord avec la conclusion de mon collègue le juge Beetz, portant que la sommation

the appellant does not offend s. 133 of the *Constitution Act, 1867*.

The relevant portion of s. 133 reads as follows:

... either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

(Emphasis added.)

These words empower the courts to issue unilingual documents: *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at p. 1030. Any implied affirmative obligation which may be cast upon the "state" to give effect to a litigant's right to use either French or English is necessarily subordinated to the express authority of courts to issue process in one language only. It is therefore unnecessary in the present case to consider the precise extent of the litigant's right to use either language in the judicial setting; and I refrain from doing so.

I would accordingly dismiss the appeal with costs.

The judgment of Beetz, Estey, McIntyre, Lamer and Le Dain JJ. was delivered by

BEETZ J.—

I—Introduction

The constitutional question stated in this case by Ritchie J. reads as follows:

Does a summons which is printed and published in the French language only and commands an English speaking person to appear before the Courts of Quebec offend the provisions of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, resulting in a total absence of jurisdiction of the Court to proceed against him?

The wording of this question will be commented upon later.

Section 133 of the *Constitution Act, 1867*, provides:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the

unilingue reçue par l'appelant ne contrevient pas à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La partie de l'art. 133, qui nous intéresse, est la suivante:

... dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux du Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.

(C'est moi qui souligne.)

Ces termes habilent les tribunaux à délivrer des actes unilingues: *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, à la p. 1030. Toute obligation de faire implicite qui peut être imposée à l'«État» de donner suite au droit du justiciable d'utiliser le français ou l'anglais est nécessairement subordonnée au pouvoir exprès qu'ont les tribunaux de délivrer des actes de procédure en une seule langue. Il est donc inutile, en l'espèce, d'examiner l'étendue précise du droit que possède le justiciable d'utiliser l'une ou l'autre langue dans le domaine judiciaire, ce que je m'abstiens de faire.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française du jugement des juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Le Dain rendu par

LE JUGE BEETZ—

I—Introduction

La question constitutionnelle formulée en l'espèce par le juge Ritchie est la suivante:

La sommation qui est imprimée et publiée en français seulement et qui ordonne à une personne anglophone de comparaître devant les cours du Québec est-elle contraire aux dispositions de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, privant ainsi totalement la cour de compétence à son égard?

Le libellé de la question fera l'objet de commentaires ultérieurement.

L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* porte:

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la Législature du Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les

Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

II—The Facts and the Proceedings

The facts are straightforward and apparently undisputed, although the manner in which the case reached this Court is unusual.

By summons dated February 25, 1981, issued from the Municipal Court of the City of Montréal, the appellant was summoned to appear before that court on a given date to answer a charge of speeding contrary to a by-law of the City.

On one side, the document bears the title “*Assignment*” and, *inter alia*, the style of cause, “*Ville de Montréal vs Macdonald, Cross Duncan*” as well as the date set for appearance.

The other side is as follows in its most important parts:

CANADA
PROVINCE de QUÉBEC

ATTENDU qu'à Montréal, à la date précitée, étant le responsable du véhicule ci-dessus décrit, vous avez

ENFREINT

LE RÈGLEMENT 1319 (41-A), EN CONDUISANT À UNE VITESSE EXCÉDANT 50 KM/H, À SAVOIR, 0084 KM/H.

PRÈS DE BL STE ANNE ST JACQUES DE 13:00 À 00:84

À CES CAUSES, NOUS VOUS ORDONNONS, au nom de Sa Majesté, de comparaître devant la Cour municipale de la Ville de Montréal, 775, rue Gosford, à la date fixée pour votre comparution, soit à 10 heures, soit à 15 heures, pour répondre à cette inculpation et être ultérieurement traité suivant la loi.

Donné à Montréal, ce jour, sous ma signature.

Greffier

débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire. En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux du Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

II—Les faits et les procédures

Les faits sont simples et apparemment incontestés, quoique la manière dont l'affaire est parvenue à cette Cour soit inhabituelle.

Le 25 février 1981, l'appelant a reçu une sommation délivrée par la Cour municipale de la ville de Montréal lui enjoignant de comparaître devant cette cour, à une date précise, pour répondre à une inculpation d'avoir commis un excès de vitesse, contrairement à un règlement municipal.

Sur l'une de ses faces, le document est intitulé «*Assignment*» et comporte notamment l'intitulé de la cause, «*Ville de Montréal vs Macdonald Cross Duncan*» ainsi que la date fixée pour la comparution.

L'autre face est comme suit, dans ses parties les plus importantes:

COUR MUNICIPALE DE LA VILLE DE MONTRÉAL

This side bears the signature of the Clerk of the Municipal Court.

The parts which are not underlined are printed, leaving blanks which, in the underlined parts have been filled by typing or similar mechanical means associated perhaps with a word processor.

It can be noted that this summons in all its parts is exclusively in the French language.

According to his factum, the appellant secured an English translation, entered a plea of not guilty and ultimately proceeded at trial without the benefit of counsel before Judge Maurice Bourassa of the Municipal Court of the City of Montréal.

According to Judge Bourassa, the charge was clearly established by a police constable and the appellant, who testified, confessed to having exceeded the speed limit. The appellant's sole defence, which he argued in English, orally as well as in writing, was an argument in law challenging the jurisdiction of the court to proceed against him in that the complaint or summons was not made in English and violated his fundamental rights as an English speaking person under s. 133 of the *Constitution Act, 1867*.

In a written judgment dated March 24, 1982, Judge Bourassa dismissed appellant's challenge to his jurisdiction and convicted him as charged, imposing a fine of \$30 plus costs or three days in jail.

The appellant retained counsel and appealed to the Superior Court by way of trial *de novo*. The appeal was heard on September 30, 1982 by Meyer J. who, upon completion of argument, delivered an oral judgment whereby he dismissed the appellant's appeal and affirmed his conviction: *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1982] C.S. 998.

La signature du greffier de la Cour municipale est apposée sur cette face.

Ce qui n'est pas souligné est imprimé, avec des espaces en blanc qui, dans le texte souligné, ont été remplis à la machine à écrire ou par un moyen mécanique semblable, comme peut-être une machine de traitement de textes.

On peut remarquer que cette sommation est entièrement et exclusivement rédigée en langue française.

D'après son mémoire, l'appelant a obtenu une traduction anglaise, a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité et s'est finalement présenté à son procès, sans l'assistance d'un avocat, devant le juge Maurice Bourassa de la Cour municipale de la ville de Montréal.

D'après le juge Bourassa, l'inculpation a clairement été établie par un agent de police et l'appelant, qui a témoigné, a avoué avoir dépassé la limite de vitesse. L'unique moyen de défense de l'appelant, qu'il a plaidé en anglais, oralement et par écrit, était fondé sur le droit; il contestait la compétence de la cour d'instruire sa cause pour le motif que la plainte ou la sommation n'avait pas été rédigée en anglais et allait à l'encontre des droits fondamentaux qu'il possède, en tant qu'anglophone, en vertu de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Dans un jugement écrit en date du 24 mars 1982, le juge Bourassa a rejeté le moyen dans lequel l'appelant contestait la compétence de la cour et l'a déclaré coupable de l'infraction dont il était accusé, lui infligeant une amende de 30 \$ plus les dépens, ou trois jours d'emprisonnement.

L'appelant a retenu les services d'un avocat et a interjeté appel devant la Cour supérieure par voie de procès *de novo*. L'appel a été entendu le 30 septembre 1982 par le juge Meyer qui, à la clôture des plaidoiries, a prononcé un jugement oral dans lequel il a rejeté l'appel de l'appelant et confirmé sa déclaration de culpabilité: *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1982] C.S. 998.

The appellant sought leave to appeal to the Quebec Court of Appeal pursuant to s. 108 of the *Summary Convictions Act*, R.S.Q. 1977, c. P-15:

108. An appeal lies to the Court of Appeal, with leave of that court or of a judge of that court, from any judgment of the Superior Court rendered under the authority of this act, if the party making the application shows a sufficient interest to warrant decision on a question of law only.

In a written endorsement dated December 3, 1982, McCarthy J.A. dismissed appellant's application for leave to appeal, without recorded reasons.

Thereupon, the appellant sought leave to appeal to this Court from the decision of McCarthy J.A.

The appellant's application was first heard on March 21, 1983, by a panel of three members of this Court. At the time, the specific constitutional issue raised in the case at bar had never been considered by this Court on the merits. However, on November 16, 1981, another panel of three members of this Court had granted applicant Roger Joseph Albert Bilodeau leave to appeal from a judgment of the Manitoba Court of Appeal, *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393. The *Bilodeau* case, in which judgment is being delivered to-day, had reached the Court of Appeal by way of stated case. One of the questions for determination in that case was whether s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, which corresponds with and is almost identical to s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, was mandatory or directory and whether or not two Manitoba statutes enacted in the English language only were valid; the other question was similar to the one raised in the case at bar: it related to the validity of a speeding charge summons issued in the English language only to a French-speaking accused. In the *Bilodeau* case, leave to appeal to this Court had been granted at large, [1981] 2 S.C.R. vi.

In the course of the hearing of the application for leave to appeal in the case at bar, members of the panel who heard the application pointed to the

L'appelant a demandé l'autorisation d'interjeter appel à la Cour d'appel du Québec, conformément à l'art. 108 de la *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q. 1977, chap. P-15:

108. Il peut être interjeté appel à la Cour d'appel, avec la permission de cette cour ou de l'un de ses juges, de tout jugement de la Cour supérieure rendu sous l'autorité de la présente loi, si la partie qui présente la demande démontre un intérêt suffisant à faire décider d'une question de droit seulement.

Par mention écrite en date du 3 décembre 1982, le juge McCarthy de la Cour d'appel a rejeté la demande d'autorisation d'appel, sans donner de motifs.

L'appelant a alors demandé l'autorisation de se pourvoir en cette Cour contre la décision du juge McCarthy.

La demande de l'appelant a d'abord été entendue le 21 mars 1983 par une formation de trois membres de la Cour. À l'époque, la question constitutionnelle spécifique soulevée par l'espèce n'avait jamais été examinée, au fond, par cette Cour. Cependant, le 16 novembre 1981, une autre formation de trois juges de la Cour avait accordé au requérant Roger Joseph Albert Bilodeau l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393. L'affaire *Bilodeau*, dont l'arrêt est prononcé aujourd'hui, était parvenue en Cour d'appel par voie d'exposé de cause. L'une des questions sur lesquelles il fallait statuer dans cette affaire était de savoir si l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, qui correspond et est presque identique à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, était impératif ou directif et si deux lois manitobaines, adoptées en langue anglaise seulement, étaient valides; l'autre question était analogue à celle soulevée en l'espèce: elle se rapportait à la validité d'une sommation relative à un excès de vitesse, délivrée en langue anglaise seulement à un prévenu francophone. Dans l'affaire *Bilodeau*, l'autorisation de pourvoi en cette Cour avait été accordée sans réserve, [1981] 2 R.C.S. vi.

Les juges qui ont procédé à l'audition de la demande d'autorisation de pourvoi en l'espèce ont fait ressortir le problème que posent les arrêts

problem raised by *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639, and *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1981] 1 S.C.R. 92. The problem was seemingly a jurisdictional one as it appeared in *Ernewein* where the appeal had not been merely dismissed but quashed after leave to appeal from a decision of the Federal Court of Appeal refusing leave to appeal to itself had been granted by three members of this Court. The three members of the panel who first heard the application for leave to appeal in the case at bar were asked to disregard this jurisdictional problem. They referred the application to the Court. It was heard on April 27, 1983 and, on May 17, 1983, a seven member Court presided by Laskin C.J.C. granted leave to appeal from the decision of McCarthy J.A., [1983] 1 S.C.R. x.

It can safely be assumed that the reasons why leave was granted in the case at bar were that it had been granted in *Bilodeau* on a similar issue and also that the Court wanted an opportunity to reconsider *Ernewein* and *Nicholson*.

Of the four interveners, the Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec supported the respondent, whereas the Société franco-manitobaine and Alliance Québec, Alliance for Language Communities of Quebec supported the appellant.

III—The Judgments of the Courts Below

After stating the facts and the sole question of law arising in the case, Judge Bourassa of the Municipal Court of the City of Montréal, wrote that the same question had been resolved against the accused by Judge Tourangeau of the same court in the unreported case of *Ville de Montréal v. Walsh*, No. 085 042 635. Judge Bourassa quoted certain passages of the reasons of Judge Tourangeau and noted that the latter's judgment had been affirmed in appeal by Hugessen A.C.J. as he then was. Judge Bourassa then followed the judgment of Hugessen A.C.J., after quoting the

Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1980] 1 R.C.S. 639, et *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1981] 1 R.C.S. 92. Le problème en était apparemment un de compétence, comme il ressort de l'arrêt *Ernewein* où le pourvoi avait non pas simplement été rejeté, mais annulé, après que trois juges de cette Cour eurent accordé l'autorisation de se pourvoir contre une décision de la Cour d'appel fédérale qui avait refusé l'autorisation d'interjeter appel qui lui avait été demandée. Les trois juges de la formation qui ont d'abord entendu la demande d'autorisation de pourvoi en l'espèce ont été invités à ne pas tenir compte du problème de compétence. Ils ont renvoyé la demande à la Cour. Elle fut entendue le 27 avril 1983 et, le 17 mai 1983, une formation de sept juges, présidée par le juge en chef Laskin, a accordé l'autorisation de se pourvoir contre la décision du juge McCarthy, [1983] 1 R.C.S. x.

On peut présumer sans risque d'erreur que, si l'autorisation a été accordée en l'espèce, c'est parce qu'elle avait été accordée dans l'affaire *Bilodeau* relativement à une question analogue, et aussi parce que la Cour souhaitait avoir l'occasion de reconsidérer les arrêts *Ernewein* et *Nicholson*.

Des quatre intervenants, le procureur général du Canada et le procureur général du Québec appuient l'intimée, tandis que la Société franco-manitobaine et Alliance Québec, Alliance pour les communautés linguistiques au Québec, appuient l'appelant.

III—Les jugements des cours d'instance inférieure

Après avoir exposé les faits et l'unique point de droit soulevé par l'affaire, le juge Bourassa de la Cour municipale de la ville de Montréal affirme que la même question a déjà été résolue, au détriment de l'accusé, par le juge Tourangeau de la même cour, dans l'affaire inédite *Ville de Montréal c. Walsh*, n° 085 042 635. Il cite certains passages des motifs du juge Tourangeau et fait remarquer que le jugement de ce dernier a été confirmé en appel par le juge Hugessen, alors juge en chef adjoint. Le juge Bourassa suit donc l'arrêt du juge en chef adjoint Hugessen, après avoir

latter's reasons *in extenso*, as if they were his own for all practical purposes.

The reasons of Hugessen A.C.J. have been reported: *Walsh v. City of Montreal* (1980), 55 C.C.C. (2d) 299. But they are relatively short and, for convenience, I quote them here in part:

On August 27, 1979, Merrick Walsh went through a stop sign within the limits of the City of Montreal. He was in breach of a municipal by-law. He was observed by a police officer who stopped him and gave him a traffic ticket. The ticket was in the French language. He did not, as he might have done, pay the amount indicated on the face of the ticket. In due course, on December 14, 1979, a summons was issued out of the Municipal Court. It was returnable February 26, 1980. The summons was also in the French language except for the part describing the offence, which was written in both French and English.

Before the Municipal Court, Mr. Walsh, through counsel, made a motion to quash the summons on the grounds that it was in French only. By judgment dated May 16, 1980, the municipal Judge dismissed the motion. On June 20, 1980, the trial took place in Municipal Court and Mr. Walsh was convicted. He now appeals to this Court and renews his contention that the summons is illegal and should be quashed. He admits, however, the facts relating to the original breach of the by-law, so that these are no longer in issue. Thus, if the argument relating to the validity of the summons is not accepted, the appeal must be dismissed and the conviction affirmed.

The argument, as I understand it, turns on s. 133 of *The British North America Act, 1867*.

Hugessen A.C.J. quoted s. 133 and continued:

It is clear that the Municipal Court of Montreal is a Court of Quebec within the meaning of the section. It is equally clear that the summons addressed to Mr. Walsh is a process issuing from such Court. Mr. Walsh claims that being English-speaking he has the right to receive process in English or, at the very least, in both English and French.

The argument is untenable. Section 133 does not want for clarity. In certain cases (the records and journals of Parliament and the Legislature, and the statutes passed by those bodies), the use of both English and French is

repris en entier les motifs de ce dernier, comme s'il s'était agi des siens à toutes fins pratiques.

Les motifs du juge en chef adjoint Hugessen ont été publiés: *Walsh v. City of Montreal* (1980), 55 C.C.C. (2d) 299. Mais ils sont relativement courts et, pour des motifs de commodité, je les cite en partie:

[TRADUCTION] Le 27 août 1979, Merrick Walsh a brûlé un signal d'arrêt dans les limites de la ville de Montréal, violant ainsi un règlement municipal. Il a été aperçu par un agent de police, qui l'a arrêté et lui a donné un billet de contravention rédigé en français seulement. Il n'a pas, comme il aurait pu le faire, payé le montant indiqué sur la contravention. En fin de compte, le 14 décembre 1979, la Cour municipale a délivré une sommation lui enjoignant de comparaître le 26 février 1980. La sommation était elle aussi rédigée en langue française, sauf pour la partie décrivant l'infraction, laquelle était à la fois en français et en anglais.

Devant la Cour municipale, M. Walsh a, par l'entremise de son avocat, présenté une requête en annulation de la sommation pour le motif qu'elle était rédigée en français seulement. Par jugement en date du 16 mai 1980, le juge de la Cour municipale a rejeté la requête. Le 20 juin 1980, le procès a eu lieu devant la Cour municipale et M. Walsh a été reconnu coupable. Il se pourvoit maintenant devant cette cour et réitère sa prétention que la sommation est illégale et devrait être annulée. Il reconnaît cependant les faits relatifs à la violation initiale du règlement, de sorte que ceux-ci ne sont plus en cause. Donc, si l'argument relatif à la validité de la sommation n'est pas accepté, l'appel doit être rejeté et la déclaration de culpabilité confirmée.

L'argumentation, si je comprends bien, repose sur l'art. 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*.

Le juge en chef adjoint Hugessen cite alors l'art. 133, puis poursuit:

[TRADUCTION] Il est clair que la Cour municipale de Montréal est un tribunal du Québec au sens de cet article. Il est clair également que la sommation adressée à M. Walsh est une pièce de procédure émanant d'un tel tribunal. Monsieur Walsh fait valoir qu'étant anglophone il a le droit de recevoir une pièce de procédure en anglais ou, à tout le moins, à la fois en anglais et en français.

L'argument est insoutenable. L'article 133 est parfaitement clair. Dans certains cas (les registres, procès-verbaux et journaux du Parlement et de la Législature, et les lois adoptées par ceux-ci), l'usage du français et de

obligatory. The word used is "shall". In other cases (debates in Parliament and the Legislature, and proceedings in federal and Québec Courts), there is a choice of either one or the other of the two languages. The word used is "may".

If there is a right to use either language, there can be no obligation to use the other. Still less can there be an obligation to use both.

It was suggested in argument that the right to use either language in pleading or process must apply as much to the person receiving, the reader or listener, as to the person transmitting, the writer, speaker or issuer. Such an interpretation is not possible for it makes a nonsense of the words used. Obviously if the recipient of a pleading or process has the right to choose which of the two languages it shall be in, the issuer loses his right to make use of either language. The hardship that would be worked on pleaders in civil cases is obvious, for every pleading would have to be made in both languages in order to satisfy the rights of the other party . . .

In the case of parliamentary debates, where the essential words of the text are identical ("either . . . may be used by any Person"), it is clear that the rights preserved are those of the speaker only. The situation cannot be different for Court proceedings.

I would add that the present case is not concerned with Mr. Walsh's right to have his trial in English. If and when that right is denied, it will be dealt with in another case. Our only concern, here, is with the language of the initiating summons. That language may be either English or French.

The conclusion I have reached is imposed not only by the clear text of Section 133 but also by the most recent pronouncement of the Supreme Court of Canada on the subject. In *A.-G. Qué. v. Blaikie et al.*, (1979), 49 C.C.C. (2d) 359, 101 D.L.R. (3d) 394, [1979] 2 S.C.R. 1016 it was said, speaking of Quebec courts (at p. 369 C.C.C., p. 1030 S.C.R.): "... documents emanating from such bodies or issued in their name or under their authority may be in either language, and this option extends to the issuing and publication of judgments or other orders".

There is nothing more that I need say.

l'anglais est obligatoire. Le terme utilisé est «sera obligatoire». Dans d'autres cas (les débats dans les chambres du Parlement et de la Législature, ainsi que les procédures devant les tribunaux fédéraux et québécois), on peut choisir d'utiliser l'une ou l'autre des deux langues. Le terme utilisé est «facultatif».

S'il existe un droit de recourir à l'une ou l'autre langue, il ne peut y avoir d'obligation d'utiliser l'une d'elles. Il peut encore moins y avoir d'obligation d'employer les deux.

On a laissé entendre au cours du débat que le droit d'utiliser l'une ou l'autre langue dans les plaidoiries ou pièces de procédure doit s'appliquer tout autant au destinataire, au lecteur ou à l'auditeur, qu'à l'expéditeur, au rédacteur, à l'orateur ou à celui qui délivre l'acte. Une telle interprétation n'est pas possible, car les termes employés n'auraient alors plus de sens. Manifestement si le destinataire d'une plaidoirie ou pièce de procédure a le droit de choisir dans laquelle de ces deux langues elle devra être, son auteur perd le droit de recourir à l'une ou à l'autre langue. La contrainte que cela imposerait aux plaideurs en matière civile est manifeste, car alors toute plaidoirie devrait être faite dans les deux langues, afin de respecter les droits de la partie adverse . . .

Dans le cas des débats parlementaires, où les termes essentiels du texte sont analogues («l'usage de . . . ou de . . . sera facultatif»), il est clair que les droits protégés sont ceux de l'orateur uniquement. La situation ne peut être différente en ce qui concerne les procédures judiciaires.

J'ajouterais qu'en l'espèce le droit de M. Walsh d'avoir son procès en anglais n'est pas en cause. S'il arrive que ce droit lui soit refusé, cela fera l'objet d'une autre instance. Tout ce qui nous intéresse ici, c'est la langue de la sommation introductive d'instance, qui peut être soit l'anglais soit le français.

La conclusion à laquelle je suis arrivé est dictée non seulement par la clarté du texte de l'art. 133, mais aussi par l'arrêt le plus récent de la Cour suprême du Canada sur le sujet. Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie et al.*, (1979), 49 C.C.C. (2d) 359, 101 D.L.R. (3d) 394, [1979] 2 R.C.S. 1016, on a dit au sujet des tribunaux québécois (à la p. 1030): «... les documents émanant de ces organismes ou émis en leur nom ou sous leur autorité peuvent être rédigés dans l'une ou l'autre langue et ce choix s'étend au prononcé et à la publication des jugements ou ordonnances.»

Je n'ai rien à ajouter.

Mr. Walsh sought leave to appeal to the Quebec Court of Appeal. His application was dismissed by Montgomery, Paré and McCarthy J.J.A. in an unreported written endorsement dated November 10, 1980 which reads:

[TRANSLATION] Application dismissed with costs fixed at \$50.00, the whole for the reasons given by Hugessen C.J.

(Signed) G.H. Montgomery J.C.A.

Thus, the Quebec Court of Appeal unanimously adopted the reasons of Hugessen A.C.J. on the merits, although they did so on an application for leave to appeal.

I also find convenient to quote most of the reasons of Meyer J. in the case at bar. At pages 999 and 1000 he wrote:

The appellant does not contest the facts, which are admitted. His appeal is based on one ground only, namely, that the summons which was issued to the appellant to appear and plead and answer to the charge in this case, was drafted unilingually in the French language, and that he, as an English-speaking person, is entitled to have a summons drafted in his language, under the provisions of the Canadian Constitution, and in particular in virtue of Section 133 of the *British North America Act, 1867* (now called the *Constitution Act, 1867*).

This is not the first time that this matter has come before the courts. In *P.G. du Québec c. Blaikie*, (1979) 2 S.C.R. 1016, the Supreme Court of Canada stated clearly that Section 133 provided to all persons an option to use either the French or the English language before the courts of Quebec or its other tribunals, and that documents emanating from such courts or tribunals or issued in their name or under their authority may be in either language, this option extending to the issuing and publication of judgments or other orders. The wording of the Supreme Court's decision distinguishes clearly between the option given to persons to use either language orally or in their written documents and pleadings, and, on the other hand, documents emanating from courts or tribunals themselves or issued in their name or under their authority, which may also be in either the French or the English language. This decision flowed directly from the wording of Section 133 which states clearly that "... either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing

Monsieur Walsh a demandé l'autorisation d'interjeter appel à la Cour d'appel du Québec. Sa requête a été rejetée par les juges Montgomery, Paré et McCarthy avec la mention écrite, non publiée, en date du 10 novembre 1980:

Requête rejetée avec dépens fixés à la somme de \$50.00, le tout pour les raisons données par l'Hon. juge en chef Hugessen.

(Signé) G.H. Montgomery J.C.A.

Ainsi, la Cour d'appel du Québec a, à l'unanimité, adopté les motifs du juge en chef adjoint Hugessen sur le fond, quoiqu'elle l'ait fait dans le cadre d'une demande d'autorisation d'appel.

Je juge également utile de reproduire la majeure partie des motifs du juge Meyer en l'espèce. Aux pages 999 et 1000, il écrit:

[TRADUCTION] L'appelant ne conteste pas les faits, qui sont reconnus. Son appel se fonde sur un seul moyen, savoir que la sommation délivrée contre lui, avec ordre de comparaître, de plaider et de répondre à l'inculpation en l'espèce, est rédigée en français seulement, et qu'il a droit, en tant qu'anglophone, à une sommation rédigée dans sa langue, en vertu des dispositions de la Constitution canadienne et, en particulier, en vertu de l'art. 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (maintenant appelé *Loi constitutionnelle de 1867*).

Ce n'est pas la première fois que les tribunaux sont saisis de cette question. Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, la Cour suprême du Canada a dit clairement que l'article 133 offre à toute personne le choix d'utiliser l'une ou l'autre de la langue française ou de la langue anglaise devant les tribunaux judiciaires ou administratifs du Québec et que les actes émanant de ces tribunaux, ou délivrés en leur nom ou sous leur autorité, pouvaient être dans l'une ou l'autre langue, ce choix s'étendant à la délivrance et à la publication des jugements ou autres ordonnances. Le texte de l'arrêt de la Cour suprême fait nettement la distinction entre le choix donné aux personnes d'employer l'une ou l'autre langue, oralement ou dans leurs pièces et plaidoiries écrites, et, d'autre part, les actes émanant des tribunaux judiciaires ou administratifs eux-mêmes, ou délivrés en leur nom ou sous leur autorité, qui peuvent aussi être en langue française ou anglaise. Cet arrêt découle directement du texte de l'art. 133 qui dit clairement que « ... dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribu-

from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec . . . ”.

These words in Section 133 clearly mean, *inter alia*, that either the French or the English language may be used (1) by any person appearing or pleading or participating in any way whatsoever in or before any court of Quebec, and (2) in any pleading or process in or issuing from any court of the Province of Quebec.

The undersigned is therefore of the view that whether a “person” does or does not (as suggested by appellant) include the Crown, the prosecution, the state, or the court itself, is irrelevant. This is because the Act clearly provides, as an entirely separate rule, that in any pleading or process in or issuing from any court of Quebec, either the French or the English language may be used (whether by a “person” or not), while additionally it is provided that either the French or the English language may be used by any *person* in any Quebec court.

The *Blaikie* case referred to is also clearly permissive insofar as the court itself is concerned, and allows the court or tribunal to use either language, at its choice, in documents emanating from it, or in documents issued in its name or under its authority, which documents may be in *either* language.

It may well be desirable or fair that traffic tickets or summonses should be bilingual, to ensure comprehension by the recipient insofar as this is possible, but in my view it is not required by our law. A judge, for example, may issue a unilingual judgment in the English or the French language, even if all of the parties appearing before him are unable to understand the judgment which he has rendered, and the same reasoning would apply to a unilingual traffic ticket or summons. Summonses and complaints are clearly among the documents covered by the first *Blaikie* decision. The summons in the present case either emanates from the Municipal Court of Montreal or was issued in the name of the Municipal Court or under its authority, and it may thus be unilingual in either the French or the English language.

naux, et devant les tribunaux du Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues . . . »

Ces termes de l'art. 133 signifient clairement, notamment, que l'une ou l'autre de la langue française ou de la langue anglaise peut être employée: (1) par toute personne comparaisant, plaidant ou agissant de quelque manière que ce soit devant un tribunal du Québec, et (2) dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux de la province de Québec, ou émanant de ces derniers.

Le soussigné est donc d'avis que la question de savoir si le terme «personne» inclut (comme le prétend l'appellant) Sa Majesté, la poursuite, l'État ou la cour elle-même, est sans importance. Il en est ainsi parce que la Loi prévoit clairement, dans une règle entièrement distincte, que dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Québec, ou émanant de ces derniers, l'une ou l'autre de la langue française ou de la langue anglaise peut être employée (que ce soit par une «personne» ou non), bien qu'en outre il soit prévu, dans le texte anglais de l'article, que la langue française ou la langue anglaise peut être employée par toute *personne* (*Person*) devant les tribunaux québécois.

L'arrêt *Blaikie*, qui a été mentionné, est aussi clairement permissif dans la mesure où le tribunal lui-même est concerné et il autorise le tribunal, judiciaire ou administratif, à employer l'une ou l'autre langue, à son choix, dans les actes en émanant ou dans ceux délivrés en son nom ou sous son autorité, lesquels *peuvent* être dans *l'une ou l'autre* langue.

Il peut bien être souhaitable ou juste que les sommations ou les billets de contravention soient bilingues, pour permettre à la personne qui les reçoit de les comprendre, dans la mesure où c'est possible, mais à mon avis notre droit ne l'exige pas. Un juge, par exemple, peut prononcer un jugement en anglais ou en français seulement, même si toutes les parties comparantes devant lui sont incapables de comprendre le jugement qu'il a rendu, et le même raisonnement s'appliquerait à un billet de contravention ou à une sommation unilingue. Les sommations et les plaintes font manifestement partie des actes visés par le premier arrêt *Blaikie*. Ou bien la sommation en l'espèce émane de la Cour municipale de Montréal, ou bien elle a été délivrée au nom de la Cour municipale ou sous son autorité; elle peut donc être unilingue, soit en langue française, soit en langue anglaise.

Meyer J. then noted that Hugessen A.C.J. had reached the same conclusion on the same question in the *Walsh* case, as well as Boilard J. in *Shaw v. City of Montreal* (1982), 70 C.C.C. (2d) 19, and he dismissed the appeal.

Shaw also had to do with a Montréal Municipal Court traffic summons drafted in the French language only and addressed to an English-speaking accused. Boilard J. quoted s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and some of the reasons of Hugessen A.C.J. in *Walsh* and, in his oral reasons reported at p. 22, he said:

Process issued from a court in the Province of Quebec may be in either one of the official languages no matter what language is spoken by the person to whom it is intended.

He then reached his conclusions dismissing the appeal.

IV—Summary of the Appellant's Submission on the Merits

The appellant's main submission can be formulated as follows:

Section 133 of the *Constitution Act, 1867* which reads in part

"and either of those Languages may be used by any Person or . . ."

vests fundamental language rights in the Person to the exclusion of the State and imposes a correlative duty on the State to respect a Person's choice of language in a summons.

In addition, the appellant made what I would call a preliminary submission relating to the nature of the summons, and he supported his main submission with what I would term ancillary submissions relating *inter alia* to a) historical analysis with respect to s. 133; b) the nature of language as a means of communication and c) procedural fairness and natural justice.

The appellant's counsel would not necessarily characterize his submissions in this manner, nor did he present them in the order indicated above. I simply find this way of stating them to be more in harmony with my understanding of his position.

Le juge Meyer souligne alors que le juge en chef adjoint Hugessen est arrivé à la même conclusion sur ce point dans l'affaire *Walsh*, de même que le juge Boilard dans l'affaire *Shaw v. City of Montreal* (1982), 70 C.C.C. (2d) 19, et il rejette l'appel.

La décision *Shaw* porte elle aussi sur une sommation pour infraction à la circulation que la Cour municipale de Montréal avait délivrée en français seulement à un prévenu anglophone. Le juge Boilard cite l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et une partie des motifs du juge en chef adjoint Hugessen dans l'affaire *Walsh* puis, dans ses motifs oraux rapportés à la p. 22, il dit:

[TRADUCTION] Une pièce de procédure émanant d'un tribunal de la province de Québec peut être dans l'une ou l'autre des langues officielles, quelle que soit la langue que parle la personne à qui elle est destinée.

Il conclut alors au rejet de l'appel.

IV—Résumé des moyens de l'appelant sur le fond

Le moyen principal de l'appelant peut être formulé ainsi:

[TRADUCTION] L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui se lit en partie ainsi

«En outre . . . il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.»

confère des droits linguistiques fondamentaux à l'individu par opposition à l'État, et impose à l'État une obligation correspondante de respecter le choix de l'individu quant à la langue d'une sommation.

En outre, l'appelant a fait valoir ce que j'appellerais un moyen préliminaire portant sur la nature de la sommation, et il a étayé son moyen principal par ce que je qualifierais d'arguments accessoires portant notamment sur: a) une analyse historique de l'art. 133, b) la nature du langage en tant que moyen de communication et c) l'équité en matière de procédure et la justice naturelle.

L'avocat de l'appelant n'a pas nécessairement qualifié ainsi ses arguments, pas plus qu'il ne les a présentés dans l'ordre indiqué ci-dessus. J'ai simplement trouvé cette façon de les exposer plus en harmonie avec ma compréhension de sa position.

V—The Nature of the Summons

Before I consider the preliminary submission made by the appellant, I find it necessary to clarify some of the confusion which seems to have arisen in the case at bar with respect to the true nature of the instrument labelled a “summons” and described above in detail.

This confusion is perhaps understandable, given the simplified procedure that the *Charter of the city of Montreal, 1960, 1959-60* (Que.), c. 102, as amended, provides for the prosecution of certain offences, by contrast with the more traditional procedure prescribed for instance by the *Summary Convictions Act, supra*, and similar legislation. Under such traditional legislation, while a summons usually states the complaint or charge or a summary thereof, there is a distinction between the two, conceptually as well as physically. A complaint or charge is a statement accusing a person of an offence and upon which the accused person will be tried, whereas a summons in a criminal or penal case is a command ordering the accused to appear in court on a given date to answer a given charge or complaint. Furthermore, a charge and a summons are usually found in two separate and distinct instruments.

Not so, or not necessarily so, in the City of Montréal under the City Charter, as in many other jurisdictions nowadays. Thus, in its fourth and fifth paragraphs, s. 1140 of the City Charter, as it read at the relevant time, provided as follows:

With respect to the issue of a writ of summons for a violation of any act or by-law relating to traffic, public safety or the use of a motor vehicle or of any accessory to such a vehicle, the filing of a complaint is not required and the writ may be issued on information supplied in the manner determined by the chief attorney and approved by the executive committee.

If the offender who has received a notice of summons or a summons does not avail himself of the provisions governing full payment, proceedings shall be continued

V—La nature de la sommation

Avant d'examiner le moyen préliminaire de l'appelant, il me paraît nécessaire de dissiper une certaine confusion, qui semble s'être créée en l'es-
pèce au sujet de la véritable nature de l'acte connu sous le nom de «sommation» et décrit en détail auparavant.

Cette confusion est peut-être compréhensible, compte tenu de la procédure simplifiée que la *Charte de la Ville de Montréal, 1960, 1959-60* (Qué.), chap. 102 et modifications, prévoit pour la poursuite de certaines infractions, par opposition à la procédure plus traditionnelle que prescrit, par exemple, la *Loi sur les poursuites sommaires*, précitée, et d'autres lois semblables. En vertu de cette législation traditionnelle, certes, une sommation énonce habituellement la plainte ou l'inculpation, ou en donne un résumé, mais il y a une distinction entre les deux, tant sur le plan conceptuel que sur le plan concret. Une plainte ou une inculpation est une déclaration qui reproche à une personne d'avoir commis une infraction et en fonction de laquelle la personne inculpée sera jugée. Par contre, une sommation, dans une affaire criminelle ou pénale, est un ordre enjoignant à l'accusé de comparaître devant le tribunal à une date précise pour répondre à une inculpation ou à une plainte donnée. De plus, l'inculpation et la sommation forment habituellement deux actes distincts et séparés.

Cela n'est pas vrai ou nécessairement vrai dans le cas de la ville de Montréal, en vertu de la Charte de la ville, comme dans bien d'autres ressorts de nos jours. Ainsi, en ses quatrième et cinquième alinéas, l'art. 1140 de la Charte de la ville, en vigueur à l'époque, porte:

Pour l'émission d'un bref de sommation pour une infraction à une disposition d'une loi ou d'un règlement relative à la circulation, à la sécurité publique ou à l'usage d'un véhicule automobile ou d'un accessoire d'un tel véhicule, le dépôt d'une plainte n'est pas requis et le bref peut être émis sur information transmise de la manière déterminée par l'avocat en chef et approuvée par le comité exécutif.

Si le contrevenant qui a reçu un billet d'assignation ou une sommation ne se prévaut pas des dispositions de paiement libératoire, les procédures sont continuées et il

and he shall appear in court on the date mentioned. If he does not appear, the judge or the clerk under the authority of the chief judge may condemn him for the violation described in the summons or in the notice of summons . . .

The section dispenses altogether with the filing of a complaint before the issuance of a summons. There is then, as in the case at bar, no complaint or charge other than the one described in the summons, a copy or the original of which is kept in court, and which thus becomes a composite instrument: although labelled a summons, it is at once a summons strictly so-called and a charge since it is the only document where the recital of the charge can be found and a charge is essential of course to the jurisdiction of the court.

That this is so is further demonstrated by the text of s. 1140 of the City Charter, which provides that where the offender does not appear, he may be condemned "for the violation described in the summons or in the notice of summons" and, in the French version, "*pour l'infraction décrite au billet d'assignation ou à la sommation*". This is also reflected in the summons issued in the case at bar which states the charge and commands the appellant to appear in the Municipal Court "*pour répondre à cette inculpation*", that is "to answer this charge".

This summons bears the signature of the Clerk of the Municipal Court, pursuant to s. 1126 of the City Charter:

1126. The summonses, orders to appear, warrants for imprisonment and writs of execution issued in the name of Her Majesty, her heirs or her successors shall bear the signature of the judge or of the clerk.

The Clerk was thus the issuer of this composite instrument under both its aspects, that is as a command and as a charge.

I did not understand counsel for the appellant to agree with the proposition that the charge forms part of the summons. On the contrary, his preliminary submission emphasizes the command aspect of the summons, as does the constitutional ques-

doit comparaître à la cour, à la date indiquée. S'il ne le fait pas, il peut être condamné par le juge ou par le greffier sous l'autorité du juge en chef pour l'infraction décrite au billet d'assignation ou à la sommation . . .

Somme toute, l'article dispense de déposer une plainte avant la délivrance d'une sommation. Il n'existe alors, comme c'est le cas en l'espèce, aucune plainte ou inculpation autre que ce que dit la sommation, dont la copie ou l'original est conservé par le tribunal et qui devient ainsi un acte composite: quoique formulé comme une sommation, il constitue à la fois une sommation au sens étroit et une inculpation, puisque c'est le seul document où l'on peut trouver l'énoncé de l'inculpation; or il va de soi qu'une inculpation est essentielle pour que le tribunal ait compétence en la matière.

Cela ressort en outre du texte de l'art. 1140 de la Charte de la ville qui prévoit que, s'il ne comparait pas, le contrevenant peut être condamné «pour l'infraction décrite au billet d'assignation ou à la sommation» ou, suivant la version anglaise, «*for the violation described in the summons or in the notice of summons*». Cela ressort également de la sommation délivrée en l'espèce, qui énonce l'inculpation et enjoint à l'appelant de comparaître en cour municipale «pour répondre à cette inculpation».

Cette sommation porte la signature du greffier de la Cour municipale, conformément à l'art. 1126 de la Charte de la ville:

1126. Les assignations, les ordres de comparaître, les mandats d'emprisonnement et les brefs d'exécution émis au nom de Sa Majesté, ses héritiers ou successeurs, portent la signature du juge ou du greffier.

C'est donc le greffier qui est l'auteur de cet acte composite sous ses deux aspects, soit celui d'un ordre et celui d'une inculpation.

Je n'ai pas compris que l'avocat de l'appelant s'est dit d'accord avec l'idée que l'inculpation fait partie intégrante de la sommation. Au contraire, son moyen préliminaire souligne l'aspect impératif de la sommation, comme le fait d'ailleurs la ques-

tion that he submitted to Ritchie J. and which was stated by the latter without amendment.

This preliminary submission is that the summons, being a command of the Sovereign by Her appointed officer calling the accused before Her justice, is ministerial in nature and not a process issuing or emanating from the court. This submission is advanced in response to the propositions expressed by Hugessen A.C.J. and Meyer J. in the above quotations to the effect that clearly "the summons addressed to Mr. Walsh is a process issuing from" a court within the meaning of s. 133 and "the summons in the present case either emanates from the Municipal Court of Montreal or was issued in the name of the Municipal Court or under its authority".

I do not agree with this preliminary submission even if one is to consider the instrument in question only as a summons strictly so-called, that is solely as a command ordering the accused to appear in court.

The command is in the name of the Sovereign according to custom because the Sovereign is the fountain of justice. The purpose of the summons is to enforce the jurisdiction of the court, by compelling the appearance of the accused before it. Should the recipient disregard the command, he would run the risk that judgment by default be rendered against him—another process of the court—or that a warrant for his arrest be issued—still another process of the court. The summons bears on its face the name of the court from which it emanates and the signature of its principal officer apart from its judges who also have the power to issue it.

If the summons in this case, even considered strictly as a command, is not a process issuing from a court of Quebec, within the meaning of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, I do not know what is.

There is however more to the point.

Should the summons in this case be solely or mainly a means to compel the appearance of the

tion constitutionnelle qu'il a soumise au juge Ritchie et que ce dernier a reprise telle quelle, sans la modifier.

a Ce moyen préliminaire porte que la sommation, qui est un ordre de la Souveraine, agissant par son officier de justice désigné, enjoignant au prévenu de comparaître devant l'un de Ses juges, est de nature administrative et n'est pas une pièce de b procédure délivrée par la cour ou en émanant. Cet argument est avancé pour répondre à ce qu'affirment le juge en chef adjoint Hugessen et le juge Meyer dans les passages précités, savoir que, manifestement, «la sommation adressée à M. Walsh est c une pièce de procédure émanant» d'un tribunal au sens de l'art. 133 et que «ou bien la sommation en l'espèce émane de la Cour municipale de Montréal, ou bien elle a été délivrée au nom de la Cour d municipale ou sous son autorité».

d Je ne suis pas d'accord avec ce moyen préliminaire, même si l'on doit considérer l'acte en question strictement comme une sommation, c'est-à-dire e uniquement comme un ordre enjoignant au prévenu de comparaître en justice.

f L'ordre est au nom de la Souveraine conformément à la coutume, parce que la Souveraine est la source de toute justice. La sommation a pour objet de mettre en application la compétence de la cour, en forçant le prévenu à comparaître devant elle. Si le récipiendaire désobéit à l'ordre, il court le risque qu'un jugement par défaut soit prononcé contre g lui—un autre acte de procédure du tribunal—ou qu'un mandat d'arrestation soit lancé contre lui—encore là un autre acte de procédure du tribunal. Sur la sommation figure le nom de la cour dont elle émane ainsi que la signature de son principal h officier outre ses juges, qui eux aussi ont le pouvoir de la délivrer.

i Si la sommation en l'espèce, même considérée strictement comme un ordre, n'est pas une pièce de procédure émanant d'un tribunal du Québec au sens de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, je ne sais pas alors ce que c'est.

Mais il y a plus.

j À supposer que la sommation en l'espèce soit uniquement ou principalement un moyen de forcer

accused before the court, then its nullity, either for the reason invoked by the appellant or for any other reason, may only affect the power of the court to render judgment by default; it would not affect the court's jurisdiction to try the case once the accused was somehow before it, in spite of the vitiated command. And, since the appellant was present in person before Judge Bourassa, he would have no case at all on this narrow basis and we would not even be required to decide whether or not the command was vitiated for the reason invoked by the appellant.

What however does affect the jurisdiction of the court to try the appellant is the validity of the charge and, if the fact that it was in the French language only infringed appellant's rights under s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, it would then be a nullity. In this event, the appellant would have been right in challenging the jurisdiction of the Municipal Court. The question of course arises as the charge does in fact form part of the unilingual summons.

This is how Judge Bourassa understood the issue from the start for, at the beginning of his reasons, he wrote:

... l'accusé plaide en droit que la plainte est illégale et nulle, parce qu'elle n'est pas en langue anglaise alors que lui, l'accusé, est de langue anglaise.

Tout le procès repose sur cette question de droit.

All the trial is a question of law based on the fact that the complaint or summons was not made in English while the accused is English-speaking.

(Emphasis added.)

Judge Bourassa first spoke of the alleged nullity of the complaint or charge and then referred to "the complaint or summons" because both are contained in a single document designated as a summons.

The real issue then that needs to be decided on the facts in this case, is whether the charge, being expressed in the French language only, and not in the language of the English-speaking accused, offends the provisions of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, resulting in a total absence of jurisdic-

la comparution du prévenu devant le tribunal, sa nullité, que ce soit pour la raison que fait valoir l'appellant ou pour quelque autre raison, ne peut alors qu'influer sur le pouvoir de la cour de rendre jugement par défaut; elle ne porterait pas atteinte à la compétence de la cour d'instruire l'affaire dès que le prévenu a comparu d'une manière ou d'une autre devant elle, malgré que l'ordre soit entaché de nullité. Et, comme l'appellant était personnellement présent devant le juge Bourassa, il ne pouvait recourir à ce moyen limité pour se défendre, et nous n'aurions même pas à décider si l'ordre était entaché de nullité pour la raison invoquée par l'appellant.

Ce qui cependant porte atteinte à la compétence de la cour de juger l'appellant, c'est la validité de l'inculpation et, si le fait qu'elle était en français uniquement a porté atteinte aux droits que confère à l'appellant l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, elle serait alors nulle. Dans ce cas, l'appellant aurait eu raison de contester la compétence de la Cour municipale. Bien entendu, la question se pose puisque l'inculpation fait effectivement partie de la sommation unilingue.

C'est ainsi que le juge Bourassa a saisi dès le départ la question en litige car, au début de ses motifs, il écrit:

... l'accusé plaide en droit que la plainte est illégale et nulle, parce qu'elle n'est pas en langue anglaise alors que lui, l'accusé, est de langue anglaise.

Tout le procès repose sur cette question de droit.

All the trial is a question of law based on the fact that the complaint or summons was not made in English while the accused is English-speaking.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge Bourassa parle d'abord de la prétendue nullité de la plainte ou de l'inculpation, puis de «la plainte ou assignation» (*complaint or summons*), parce que toutes deux sont contenues dans un seul acte appelé sommation.

Le vrai point litigieux qu'il faut donc trancher, compte tenu des faits de l'espèce, est de savoir si l'inculpation, rédigée en français uniquement, et non dans la langue du prévenu anglophone, porte atteinte aux dispositions de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, privant ainsi totalement

tion of the court to try him on this charge. The constitutional question stated in the case should accordingly be read as including this issue.

I should add that the charge, triggering as it does the whole judicial proceeding and being essential to its validity, is as much and all the more a process in or issuing from a court as is the command to appear before it, and I agree with what Meyer J. said in the quotation above that:

Summonses and complaints are clearly among the documents covered by the first *Blaikie* decision.

On the other hand, since much of the argument in this Court focussed on the "command" aspect of the summons, this aspect should also be comprised in our decision, together with the "charge" aspect. Under both aspects, the summons is a process in or issuing from the Municipal Court and it is governed by the same rules for both purposes. In these reasons I will generally refer to this instrument under the label which it bears on its face, that is, as a "summons", but one should bear in mind that it is an instrument of a composite nature.

VI—The Appellant's Main Submission

The appellant's main submission was stated above. That submission is to the effect that s. 133 of the *Constitution Act, 1867* gives to any person, anglophone or francophone, the right to be summoned before any court of Canada and any court of Quebec by a process issued in his own language, at least where the "State" is a party to the proceedings, such as penal or criminal proceedings.

This submission is erroneous, in my respectful opinion. It fails to meet the above-quoted reasons of Hugessen A.C.J. in *Walsh* which I find conclusive and with which I agree. Furthermore, it is contrary to the plain meaning of s. 133 as construed by this Court in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016 (*Blaikie No. 1*), and *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312 (*Blaikie No. 2*).

la cour de compétence pour le juger relativement à cette inculpation. La question constitutionnelle formulée en l'espèce devrait donc être interprétée comme incluant ce point.

^a J'ajouterais que l'inculpation qui déclenche, comme elle le fait, toute la procédure judiciaire et qui est essentielle à sa validité, est d'autant plus et tout autant une pièce de procédure d'un tribunal ou émanant de ce tribunal que tout ordre de comparaître devant elle, et je suis d'accord avec ce que dit le juge Meyer dans le passage précité:

^b Les sommations et les plaintes font manifestement partie des actes visés par le premier arrêt *Blaikie*.

^c D'autre part, comme une grande partie de l'argumentation en cette Cour a porté sur l'aspect «ordre» de la sommation, cet aspect doit aussi être compris dans notre décision, de même que l'aspect «inculpation». Sous ces deux aspects, la sommation constitue une pièce de procédure de la Cour municipale ou émanant de cette cour et elle est régie par les mêmes règles pour ces deux fins. Dans les présents motifs, je désignerai généralement cet acte par l'appellation qui y est inscrite, c'est-à-dire par le mot «sommation», mais on devra garder à l'esprit qu'il s'agit d'un acte de nature composite.

^f VI—Le moyen principal de l'appelant

^g Le moyen principal de l'appelant a déjà été énoncé. Il porte que l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à toute personne, anglophone ou francophone, le droit d'être cité à comparaître, devant tout tribunal du Canada ou du Québec, par des pièces de procédure rédigées dans sa propre langue, du moins lorsque l'«État» est partie à l'instance, comme dans le cas de procédures pénales ou criminelles.

^h Cet argument est erroné à mon avis. Il ne résiste pas aux motifs précités du juge en chef adjoint Hugessen, dans l'affaire *Walsh*, motifs que j'estime concluants et que j'approuve. De plus, il est contredit par le sens clair de l'art. 133, tel que cette Cour l'a interprété dans les arrêts *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 (*Blaikie n° 1*), et *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 (*Blaikie n° 2*).

Hugessen A.C.J. correctly observed in *Walsh* that the essential words of s. 133 are the same with respect to the language of Parliamentary debates and to the language of court proceedings and should receive the same construction. It is clear that the rights preserved in Parliamentary debates are those of the speaker only. Those who listen to the speaker cannot have a right to be addressed in the language of their choice without defeating the speaker's own right to use the language of his choice and making the constitutional provisions nonsensical. Also, the speaker might be unilingual and find it impossible to address his listeners in the language of their choice. Furthermore, the choice of the listeners might vary, making it impossible to accommodate each of them. The use of interpreters or simultaneous translation which, in any event, has nothing to do with s. 133, would not meet the essential thrust of appellant's submission that he has the right to be addressed in the language of his choice by the very person or body who is purporting to address him.

The same reasoning applies to the language spoken in the courts covered by s. 133 and in the written pleadings in and processes of such courts: the language rights then protected are those of litigants, counsel, witnesses, judges and other judicial officers who actually speak, not those of parties or others who are spoken to; and they are those of the writers or issuers of written pleadings and processes, not those of the recipients or readers thereof. The appellant exercised his constitutionally protected language right when he presented his oral and written argument in English before Judge Bourassa, and the latter exercised his own right when he delivered judgment partly in French and partly in English. In my view, under s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, and apart from other legal principles or statutory provisions such as the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, the appellant was not entitled to a summons in English only, any more than to a judgment in English only,

Le juge en chef adjoint Hugessen fait remarquer à juste titre, dans l'affaire *Walsh*, que les termes essentiels de l'art. 133 sont les mêmes en ce qui concerne la langue des débats parlementaires et la langue des procédures judiciaires, et qu'ils doivent donc recevoir la même interprétation. Il est clair que les droits garantis dans les débats parlementaires sont ceux de l'orateur uniquement. Ses auditeurs ne sauraient avoir le droit qu'on leur parle dans la langue de leur choix sans, par le fait même, porter atteinte au droit de l'orateur d'utiliser la langue de son choix et faire perdre tout leur sens à ces dispositions constitutionnelles. De même, il se pourrait que l'orateur soit unilingue et il lui serait alors impossible de s'adresser à ses auditeurs dans la langue de leur choix. En outre, il pourrait arriver que les auditeurs expriment des choix différents, ce qui rendrait ainsi impossible d'accommoder chacun d'eux. Le recours à des interprètes ou à la traduction simultanée qui, de toute façon, n'a rien à voir avec l'art. 133, ne satisferait pas à l'essentiel de l'argument de l'appellant, savoir qu'il a le droit à ce que la personne même ou l'organisme qui prétend s'adresser à lui, le fasse dans la langue de son choix.

Le même raisonnement s'applique à la langue parlée devant les tribunaux visés par l'art. 133 et aux écritures et pièces de procédure de ces tribunaux: les droits linguistiques alors garantis sont ceux des justiciables, des avocats, des témoins, des juges et autres officiers de justice qui prennent effectivement la parole, et non ceux des parties ou autres personnes à qui l'on s'adresse; et ce sont ceux des rédacteurs et des auteurs des actes et pièces de procédure, et non ceux de leurs destinataires ou de leurs lecteurs. L'appellant a exercé son droit linguistique, garanti par la Constitution, lorsqu'il a présenté son argumentation orale et écrite en langue anglaise devant le juge Bourassa et ce dernier a exercé son propre droit lorsqu'il a rendu jugement en partie en français et en partie en anglais. À mon avis, en vertu de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et mis à part d'autres principes de droit ou d'autres dispositions légales, telle la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, chap. O-2, l'appellant n'avait pas droit à une sommation en anglais uniquement, pas plus qu'à un jugement en anglais uniquement, de

from the Municipal Court or from any court contemplated by s. 133, including this Court.

The appellant's main submission is not bolstered by his reference to the "State". Whether or not the State is a person or has rights under s. 133, it was held in *Blaikie No. 1* that the option to use either language under this section extends to the courts themselves in documents emanating from them or issued under their name or under their authority. As I have said above, the summons is a process in or issuing from the Municipal Court. Furthermore, the issuer of the summons in the case at bar had by law to be either the clerk or a judge of the Municipal Court. These are physical persons whose language rights under s. 133 receive the same protection as those of the appellant.

On this last point, I must disagree with the above quoted reasons of Meyer J. to the effect that s. 133 provides two separate rules, one for the languages that may be used by any *person* in court and the other for the languages that may be used in any pleading or process, "whether by a person or not". No rational basis has been advanced for such a duality of rules. As I already indicated, a proceeding and a process have to emanate from someone, a *person*, whose language rights are thus protected in the same manner and to the same extent, as the rights of a litigant to speak the official language of his choice in court. I am of the view that there is but one rule in substance and that this co-called duality of rules is only one of form resulting from a peculiarity of statutory drafting.

The appellant invokes what was said in *Blaikie No. 2* with respect to the rules of practice, at pp. 332-33:

Rules of practice are not expressly referred to in s. 133 of the *B.N.A. Act*. Given the circumstances described above, they are unlikely to have been overlooked but in our view the draftsmen must have thought that they were subject to the section by necessary intendment.

la part de la Cour municipale ou de tout autre tribunal visé par l'art. 133, y compris cette Cour.

Le moyen principal de l'appellant n'est pas étayé par sa référence à l'«État». Que l'État soit ou non une personne ou qu'il ait ou non des droits en vertu de l'art. 133, il a été jugé dans l'arrêt *Blaikie n° 1* que le choix d'employer l'une ou l'autre langue en vertu de cet article s'applique aux tribunaux eux-mêmes, pour les actes qui en émanent ou qui sont délivrés en leur nom ou sous leur autorité. Comme je l'ai déjà dit, la sommation est une pièce de procédure de la Cour municipale ou qui émane de cette cour. En outre, l'auteur de la sommation en l'espèce devait être, en vertu de la loi, soit le greffier, soit un juge de la Cour municipale. Ce sont là des personnes physiques dont les droits linguistiques sont tout autant garantis par l'art. 133 que ceux de l'appellant.

Quant à ce dernier point, je ne puis être d'accord avec les motifs précités du juge Meyer, portant que l'art. 133 énonce deux règles distinctes, l'une concernant les langues dont il pourra être fait usage par une *personne* devant les tribunaux, l'autre concernant les langues dont il pourra être fait usage [TRADUCTION] «par une personne ou non» dans toute plaidoirie ou pièce de procédure. Aucun motif rationnel n'a été soumis à l'appui d'une telle dualité de règles. Comme je l'ai déjà fait remarquer, une plaidoirie ou une pièce de procédure doit émaner de quelqu'un, savoir une *personne*, dont les droits linguistiques sont ainsi garantis de la même manière et dans la même mesure que les droits d'un plaideur de s'exprimer dans la langue de son choix devant les tribunaux. Je suis d'avis qu'il n'y a qu'une seule règle de fond et que la soi-disant dualité de règles n'est qu'une dualité de forme et résulte d'une singularité de la rédaction législative.

L'appellant invoque ce qui a été dit dans l'arrêt *Blaikie n° 2* au sujet des règles de pratique, aux pp. 332 et 333:

L'article 133 de l'*A.A.N.B.* ne mentionne pas explicitement les règles de pratique. Vu les circonstances que nous venons de décrire, il est improbable qu'on les ait oubliées; à notre avis, les rédacteurs ont dû penser qu'en toute logique, elles étaient nécessairement visées par l'article.

The point is not so much that rules of practice partake of the legislative nature of the Code of which they are the complement. A more compelling reason is the judicial character of their subject-matter for which s. 133 makes special provision. Rules of practice may regulate not only the proper manner to address the court orally and in writing, but all proceedings, processes, certificates, styles of cause and the form of court records, books, indexes, rolls, registers, each of which may under s. 133, be written in either language. Rules of practice may also prescribe and do prescribe specific forms for proceedings and processes, such for instance as the motion for authorization to institute a class action or a judgment in a class action (*Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec in civil matters*, November 10, 1978, ss. 49 to 56), a proceeding in the Superior Court, a process of the Superior Court. All litigants have the fundamental right to choose either French or English and would be deprived of this freedom of choice should such rules and compulsory forms be couched in one language only.

Furthermore, and as was noted by Deschênes C.J.S.C. (at p. 49 of his reasons [[1978] C.S. 37]), this fundamental right is also guaranteed to judges who are at liberty to address themselves to litigants in the language of their choice. When they so address themselves collectively to litigants as they peremptorily do in rules of practice, they must necessarily use both languages if they wish to safeguard the freedom of each judge.

As I understand this passage, there are two reasons why rules of practice must be enacted in both French and English. The first reason is the legislative nature of rules of practice which are the complement of the *Code of Civil Procedure*. This reason does not help the appellant since the summons in the case at bar is not legislative in nature. The second reason is the necessity to safeguard the right of all litigants as well as that of all and each judge to address others in the language of their choice in judicial proceedings and processes. This second reason makes it plain, in my view, that Hugessen A.C.J. was right in holding that the right or freedom of choice protected by s. 133 is that of the speaker and it goes directly against appellant's main submission.

La question n'est pas tellement que les règles de pratique participent de la nature législative du Code dont elles sont le complément. Une raison plus impérieuse est le caractère judiciaire de leur objet que l'art. 133 vise expressément. Les règles de pratique peuvent réglementer non seulement la bonne façon de s'adresser à la cour oralement et par écrit, mais toutes les procédures, tous les brevets, certificats et intitulés, ainsi que la forme des archives, livres, index, rôles et registres de la cour, qui peuvent tous, en vertu de l'art. 133, être tenus dans l'une ou l'autre langue. Les règles de pratique peuvent également prescrire, et prescrivent effectivement, des formules précises d'actes de procédure et de brevets, par exemple la requête pour autorisation d'exercer le recours collectif ou un jugement dans un recours collectif (*Règles de pratique de la Cour supérieure de la province de Québec en matière civile*, le 10 novembre 1978, art. 49 à 56), une procédure en Cour supérieure, un bref de la Cour supérieure. Tous les plaideurs ont le droit fondamental de choisir le français ou l'anglais et seraient privés de cette liberté de choix si ces règles et formules obligatoires étaient rédigées en une seule langue.

De plus, comme l'a noté le juge en chef Deschênes de la Cour supérieure (à la p. 49 de ses motifs [[1978] C.S. 37]), ce droit fondamental est également assuré aux juges qui sont libres de s'adresser aux plaideurs dans la langue de leur choix. Quand les juges s'adressent collectivement aux plaideurs comme ils le font de façon péremptoire dans les règles de pratique, ils doivent nécessairement utiliser les deux langues s'ils veulent respecter la liberté de chaque juge.

D'après ce que je comprends de ce passage, il y a deux raisons pour lesquelles les règles de pratique doivent être adoptées à la fois en français et en anglais. La première, c'est le caractère législatif des règles de pratique qui sont le complément du *Code de procédure civile*. Cette raison n'est d'aucun secours à l'appellant, puisque la sommation en l'espèce n'est pas de nature législative. La seconde, c'est la nécessité de sauvegarder le droit qu'ont tous les justiciables et tous les juges de s'adresser à leurs interlocuteurs dans la langue de leur choix dans les procédures et pièces de procédure judiciaires. Cette seconde raison montre bien, à mon avis, que le juge en chef adjoint Hugessen a eu raison de conclure que le droit ou la liberté de choisir, garanti par l'art. 133, appartient à celui qui parle, et cela va directement à l'encontre du moyen principal de l'appellant.

Since s. 133 confers no language right to the appellant as the recipient of a summons, it imposes no correlative duty on the State or anyone else.

The only positive duty that I can read in s. 133 is the one imposed on the Houses of Parliament of Canada and the Legislature of Quebec to use both the English and the French languages in the respective Records and Journals of those Houses, as well as the duty to legislate in both languages, that is to enact, print and publish federal and provincial acts in both languages: *Blaikie No. 1* at p. 1022. In *Forest v. Registrar of Court of Appeal of Manitoba*, [1977] 5 W.W.R. 347 at p. 355, it seems to have been suggested by Freedman C.J.M. that s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, imposed a duty to provide the legislature with simultaneous translation for the purposes of parliamentary debate but, with respect for the contrary view, I fail to see the imposition of any such duty in either provision.

A negative duty is also imposed by s. 133 on everyone not to infringe language rights conferred by the section with respect to the language of Parliamentary debates and court proceedings. These are constitutionally protected rights and it would be unlawful for instance to expel a member of the House of Commons or of the Quebec National Assembly on the ground that he uses either French or English in debates, or for a judge of a Quebec or a federal court to prevent the use of either language in his court. But this duty is not the positive one which the appellant invokes.

Furthermore, the appellant does not explain how the issuer of a summons can ascertain the language of the recipient or, more relevantly, his preference or choice with respect to the language of the summons: the future recipient is not yet before the court and cannot be put to an election on this subject; nor is any mechanism provided in s. 133 for the purpose of dealing with such an election. Also, since what is guaranteed by s. 133 is a freedom of choice with respect to language

Comme l'art. 133 ne confère aucun droit linguistique à l'appelant en tant que destinataire d'une sommation, il n'impose aucune obligation correspondante à l'État, ni à personne d'autre.

^a La seule obligation de faire que je puis déceler dans l'art. 133 est celle qui est imposée aux chambres du Parlement du Canada et de la législature du Québec d'employer les deux langues, anglaise et française, dans les registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, ainsi que celle de légiférer dans ces deux langues, c'est-à-dire d'adopter, d'imprimer et de publier les lois fédérales et provinciales dans les deux langues: *Blaikie, n° 1*, à la p. 1022. Dans l'arrêt *Forest v. Registrar of Court of Appeal of Manitoba*, [1977] 5 W.W.R. 347, à la p. 355, le juge en chef Freedman du Manitoba semble avoir laissé entendre que l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* imposait l'obligation d'assurer à la législature la traduction simultanée des débats parlementaires mais, avec égards pour l'opinion contraire, je ne puis voir, ni dans l'une ni dans l'autre disposition, l'imposition d'une telle obligation.

L'article 133 impose aussi à tous une obligation de ne pas faire, celle de ne pas enfreindre les droits linguistiques que confère l'article au chapitre de la langue des débats parlementaires et des procédures judiciaires. Ce sont là des droits garantis par la Constitution et il serait illégal, par exemple, d'expulser un député de la Chambre des communes ou de l'Assemblée nationale du Québec parce qu'il a fait usage du français ou de l'anglais dans les débats ou, pour un juge d'un tribunal québécois ou fédéral, d'interdire l'usage de l'une ou l'autre langue dans son prétoire. Mais cette obligation n'est pas l'obligation de faire qu'invoque l'appelant.

De plus, l'appelant n'explique pas comment celui qui délivre une sommation peut se renseigner sur la langue de son destinataire ou, ce qui est plus pertinent, sur sa préférence ou son choix quant à la langue de la sommation: le futur destinataire n'est pas encore devant le tribunal et on ne peut pas lui demander de faire un choix à ce sujet; aucun mécanisme d'ailleurs n'est prévu à l'art. 133 concernant la façon de traiter un tel choix. Aussi, étant donné que ce qui est garanti par l'art. 133,

rather than the right to use one's own language, if the freedom of choice belongs to the recipient of a summons, he acquires the means to avoid penal consequences, by choosing the language other than the one in which the summons was issued, whatever it was. One sure and practical way, and probably the only way for the issuer to discharge his alleged duty to accommodate the recipient of a summons would be to issue the summons in both the English and French languages, as was suggested in *Walsh*. This would certainly be permissible and might well be desirable but to impose it as a duty flowing from s. 133 is to make a mockery of the text of this section which would then be construed and applied as if it read not:

... either of those Languages may be used ... in any ... Process ... issuing from any Court ...

but

both those Languages shall be used ... in any ... Process ... issuing from any Court ...

No interpretation of a constitutional provision, however broad, liberal, purposive or remedial can have the effect of giving to a text a meaning which it cannot reasonably bear and which would even express the converse of what it says.

I agree with the view of Hugessen A.C.J. that "Section 133 does not want for clarity".

There exists as yet no authoritative French version of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, but there is one of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, a federal statute ratified by the *Constitution Act, 1871*. Section 23 of the *Manitoba Act, 1870*, which corresponds to s. 133, is not less clear than the latter. It provides:

23. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Houses of the Legislature, and both those languages shall be used in the respective Records and Jour-

23. L'usage de la langue française ou de la langue anglaise sera facultatif dans les débats des Chambres de la législature; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux res-

c'est la liberté du choix de la langue plutôt que le droit d'utiliser sa propre langue, si la liberté de choix appartient au destinataire de la sommation, il acquiert alors le moyen d'échapper à toute conséquence pénale en choisissant une langue autre que celle dans laquelle est rédigée la sommation, quelle qu'elle soit. La façon sûre et pratique, et probablement la seule façon pour l'auteur d'une sommation d'exécuter sa prétendue obligation d'accommoder le destinataire, serait de délivrer la sommation à la fois en français et en anglais, tel que proposé dans l'affaire *Walsh*. Cela serait certainement permis et pourrait bien être souhaitable, mais l'imposer comme une obligation découlant de l'art. 133 revient à tourner en dérision son texte qui serait alors interprété et appliqué comme disant non pas:

... dans toute ... pièce de procédure ... émanant de ces tribunaux ... il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues ...

mais plutôt:

... dans toute ... pièce de procédure ... émanant de ces tribunaux ... l'usage de ces deux langues sera obligatoire ...

Aucune interprétation d'une disposition constitutionnelle, si large, libérale, fondée sur l'objet visé ou réparatrice soit-elle, ne peut avoir pour effet de donner à un texte un sens qu'on ne peut raisonnablement lui prêter et qui irait même jusqu'à lui donner un sens contraire à ce qu'il dit.

Je conviens avec le juge en chef adjoint Hugessen que «L'article 133 est parfaitement clair».

Il n'existe toujours pas de version française officielle de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais il y en a une de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, une loi fédérale ratifiée par la *Loi constitutionnelle de 1871*. L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, qui correspond à l'art. 133, n'est pas moins clair que ce dernier. Il porte:

23. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Houses of the Legislature, and both those languages shall be used in the respective Records and Jour-

23. L'usage de la langue française ou de la langue anglaise sera facultatif dans les débats des Chambres de la législature; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux res-

nals of those Houses; and either of those languages may be used by any person, or in any Pleading or Process, in or issuing from any Court of Canada established under the Constitution Act, 1867, or in or from all or any of the Courts of the Province. The Acts of the Legislature shall be printed and published in both those languages.

pectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada, qui sont établis sous l'autorité de la Loi constitutionnelle de 1867, et par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues. Les actes de la législature seront imprimés et publiés dans ces deux langues.

nals of those Houses; and either of those languages may be used by any person, or in any Pleading or Process, in or issuing from any Court of Canada established under the Constitution Act, 1867, or in or from all or any of the Courts of the Province. The Acts of the Legislature shall be printed and published in both those languages.

pectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada, qui sont établis sous l'autorité de la Loi constitutionnelle de 1867, et par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues. Les actes de la législature seront imprimés et publiés dans ces deux langues.

Facultatif or "à faculté" are not capable of being construed as meaning *obligatoire* for, according to *Le Petit Robert*, they mean the exact opposite. The words *facultatif* or "à faculté" give an option to someone who, as seen above, has to be he or she who speaks in the Debates or in court, or who writes court proceedings or who issues court processes.

A compromise along the lines of the issuance of a bilingual summons has been advanced by the intervenor Alliance Quebec, Alliance for Language Communities in Quebec. It is expressed as follows in its factum:

The effect of a demand for an official translation into English or French (or, what is substantially (at least) the same thing, an objection that the process was not *ab initio* expressed in English or that it was not expressed in French) should be held to have the effect of denying the court jurisdiction to proceed until such an official translation is supplied to the defendant.

On the facts of this case, the appropriate ultimate result on the merits (stated in the simplest terms), would be to set aside appellant's conviction and stay further proceedings in the Municipal Court on the summons until a certified translation has been provided to Appellant.

This result, on the one hand, is not what the appellant is asking for, as I understand his posi-

Les termes «facultatif» ou «à faculté» ne peuvent s'interpréter comme signifiant «obligatoire» car, d'après *Le Petit Robert*, ils signifient exactement le contraire. Les termes «facultatif» ou «à faculté» donnent le choix à quelqu'un qui, comme on l'a déjà vu, doit être celui ou celle qui s'exprime dans les débats parlementaires ou en cour, ou qui rédige une procédure judiciaire ou délivre une pièce de procédure d'un tribunal.

Un compromis dans le sens de la délivrance d'une sommation bilingue a été proposé par l'intervenante Alliance Québec, Alliance pour les communautés linguistiques au Québec. Voici comment elle s'exprime dans son mémoire:

[TRADUCTION] L'effet d'une demande de traduction officielle vers l'anglais ou le français (ou, ce qui constitue pour l'essentiel (à tout le moins) la même chose, une objection pour le motif que la pièce de procédure n'était pas, au départ, rédigée en anglais ou en français) devrait être réputée avoir pour effet de repousser la compétence de la cour d'instruire l'affaire, tant qu'une traduction officielle n'aura pas été fournie au défendeur.

Compte tenu des faits de l'espèce, l'ultime résultat au fond qui serait approprié (réduit à sa plus simple expression), serait l'annulation de la déclaration de culpabilité de l'appellant et la suspension de l'instance en Cour municipale relativement à la sommation, tant qu'une traduction certifiée conforme n'aura pas été fournie à l'appellant.

Mais, d'une part, ce n'est pas ce que demande l'appellant, si je comprends bien sa position, et cela

tion, and it represents less than what he is entitled to if he is right. On the other hand, it is not a result which can conceivably be said to flow from s. 133 of the *Constitution Act, 1867*.

If the appellant is correct and the unilingual summons in French offends s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, then the summons including the charge is vitiated beyond correction. It is a complete nullity and the Municipal Court had and has no jurisdiction whatsoever to proceed against him in this case. I believe the appellant is right, in this respect, assuming always the correctness of his main position. The validity of the charge is a condition precedent to the jurisdiction of the Municipal Court, and not merely one suspending that jurisdiction until an official translation is supplied to the appellant and the vice has been cured. On this view, the appellant would be entitled to be discharged, purely and simply. Whether he could be sued again on the same charge with the issuance of a fresh summons in the English language only or in both official languages, is a question which need not be decided.

On the other hand, the compromise suggested by this intervenor and which would compel the official translation of a summons at the instance of the recipient, differs only in degree but not in kind from the duty to issue an originally bilingual summons, a requirement which, as we have just seen, is clearly not imposed by the explicit provision of s. 133. It is a compromise which amounts in practice to a constitutional amendment of the section.

This compromise may have been inspired by reference to early Quebec legislation which provided for the issuance of a summons in the language of the defendant in certain civil cases, albeit at the instance of the plaintiff. Thus, an Ordinance of 1785, 25 Geo. 3, c. 2, mentioned in *Blaikie No. 2* at p. 330, provided as follows:

... it is hereby ordained and enacted, that in all causes or matters of property exceeding the sum or value of ten pounds sterling, upon a declaration presented to any one of the Judges of the court of common pleas, by any

représente moins que ce à quoi il aurait droit s'il avait raison. D'autre part, ce n'est pas un résultat dont on peut vraiment dire qu'il découle de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

^a Si l'appellant a raison et que la sommation rédigée en français seulement enfreint l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la sommation, y compris l'inculpation, est alors entachée d'un vice irrémédiable. Elle est entachée de nullité absolue, et la Cour municipale n'avait et n'a absolument aucune compétence pour procéder contre lui en l'espèce. Je crois que l'appellant a raison, à cet égard, à supposer toujours que sa position principale soit juste. La validité de l'inculpation est une condition préalable de la compétence de la Cour municipale, et non pas simplement une condition qui suspend sa compétence jusqu'à ce qu'une traduction officielle soit fournie à l'appellant et que l'on ait ainsi remédié au vice. Dans cette optique, l'appellant aurait le droit d'être libéré purement et simplement de l'accusation portée contre lui. Pourrait-on le poursuivre à nouveau pour la même infraction en délivrant une nouvelle sommation en langue anglaise uniquement, ou dans les deux langues officielles? C'est là une question qui n'a pas à être résolue.

^f D'autre part, le compromis proposé par cette intervenante, qui imposerait une traduction officielle de la sommation sur demande du destinataire, ne diffère qu'en degré et non en nature de l'obligation de délivrer une sommation bilingue au départ, une obligation qui, nous venons de le voir, n'est de toute évidence pas imposée par les dispositions expresses de l'art. 133. C'est un compromis qui équivaut en pratique à une modification constitutionnelle de l'article.

Ce compromis a peut-être été inspiré par l'ancienne législation québécoise, qui prévoyait la délivrance d'une sommation dans la langue du défendeur dans certaines affaires civiles, quoique sur les instances du demandeur. Ainsi, l'Ordonnance de 1785, 25 Geo. 3, chap. 2, mentionnée à la p. 330 de l'arrêt *Blaikie n° 2*, prévoyait ce qui suit:

... il est par ces présentes statué et ordonné, que dans tous procès et affaires de propriété excédant la somme ou valeur de £10 Sterling, il sera présenté à aucun des Juges des Cours des Plaidoyers-communs par tous particu-

person, setting forth the grounds of his complaint against a defendant, and praying an order to compel him to appear and answer thereto, such judge shall be, and hereby is empowered and required, in his separate district, to grant such an order, whereby the plaintiff may have and obtain, from the clerk of the court, a writ of summons, in the language of the defendant, to be issued in his Majesty's name and tested by the name of such judge . . .

The duty to observe complete bilingualism with respect to court processes has also been imposed in the past, as in *An Act to repeal certain Acts and Ordinances therein mentioned, and to make better provision for the Administration of Justice in Lower Canada, 1843* (Can.), 7 Vict., c. 16, s. XVIII of which provided:

XVIII. And be it enacted, that every writ or process issuing out of any Court of Queen's Bench, (whether in the superior or in the inferior term thereof,) or out of any of the Circuit Courts hereinafter established, shall be in both the English and the French languages, any law, usage or custom to the contrary notwithstanding.

The intervener the Société franco-manitobaine also referred to the *Act respecting Municipalities and Roads in Lower Canada, C.S.L.C. 1861, c. 24, ss. 5(17), 7(2) and 27(14)*, and the *Municipal Code of the Province of Quebec, 1870* (Qué.), c. 68, s. 224, relating to "special notices", apparently the equivalent of traffic tickets and summons. This section provided:

224. Every special notice must be drawn up or given in the language of the person to whom it is addressed, unless such person speaks a language other than French or English.

The special notice addressed or given to any person who speaks neither the French nor the English language, or who speaks both of these languages, is given to him in either language.

I fail to see how these legislative precedents help the appellant. They have been repealed and s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, expressly provides otherwise.

A different compromise has been suggested by the Société franco-manitobaine, namely that a distinction be made between civil proceedings on the

liers, une déclaration contenant les motifs de sa plainte contre un défendeur, dans laquelle il sollicitera un ordre pour le contraindre à comparaître et y répondre; tel Juge sera, et il est, par ces présentes, autorisé, et il lui est enjoint d'accorder dans son district un ordre, par lequel le demandeur aura et obtiendra du Greffier de la Cour un ordre de somation, dans la langue du défendeur, qui sera donné au nom de sa Majesté, et certifié du nom d'un tel Juge . . .

L'obligation d'observer un bilinguisme total en matière de procédure judiciaire a aussi été imposée dans le passé, par exemple dans l'*Acte pour abroger certains Actes et Ordonnances y mentionnés, et pour mieux pourvoir à l'administration de la Justice dans le Bas-Canada, 1843* (Can.), 7 Vict., chap. 16, dont l'art. XVIII dispose:

XVIII. Et qu'il soit statué, que tout Writ ou Ordre qui émanera d'aucune des Cours du Banc de la Reine, soit au Terme Supérieur ou au Terme Inférieur, ou d'aucune des Cours de Circuit, qui seront établies ci-après, sera rédigé dans les langues Française et Anglaise, nonobstant toute loi, usage ou coutume à ce contraire.

L'intervenante, la Société franco-manitobaine mentionne également les par. 5(17), 7(2) et 27(14) de l'*Acte concernant les Municipalités et les Chemins dans le Bas Canada, S.R.B.C. 1861, chap. 24*, et l'art. 224 du *Code Municipal de la Province de Québec, 1870* (Qué.), chap. 68, qui traite des «avis spéciaux», apparemment l'équivalent des billets de contravention à la circulation et des sommations. Cet article prévoit:

224. Tout avis spécial doit être rédigé ou donné dans la langue de la personne à laquelle il est adressé, à moins que cette personne ne parle une autre langue que le français ou l'anglais.

L'avis spécial adressé ou donné à une personne qui ne parle ni la langue française ni la langue anglaise, ou qui parle ces deux langues, lui est donné dans l'une ou l'autre de ces langues.

Je ne vois pas en quoi ces précédents législatifs peuvent venir en aide à l'appelant. Ils ont été abrogés et l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit expressément autre chose.

Un compromis différent a été proposé par la Société franco-manitobaine, savoir qu'une distinction soit faite entre une instance civile d'une part

one hand, and criminal or penal ones on the other. According to this suggestion, the initiator of civil processes or proceedings would retain the option to choose the language, as was the practice prior to Confederation, but in criminal or penal proceedings, the accused would have the right to be summoned before courts of criminal or penal jurisdiction in the language of his choice. A distinction was made between the two types of proceedings before the federal union as indictments were almost invariably drafted in the English language and English speaking persons were thus summoned and charged in their language before criminal courts. This intervenor also argues that a penal or criminal summons emanates from the State, a point I have already dealt with.

In my view, this distinction is in no way warranted by the language of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. It is so elementary and fundamental that it could not have been overlooked or ignored by any lawyer, particularly a legislative or constitutional draftsman, unless the intent was precisely that it should be ignored. This distinction is made explicitly in other provisions of the *Constitution Act, 1867*, namely ss. 91(27) and 92(14), which vest exclusive legislative competence respectively on the Parliament of Canada and the provincial legislatures over

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction but including the Procedure in Criminal Matters.

and

14. The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

Section 133 of the *Constitution Act, 1867*, far from distinguishing between courts of civil and of criminal jurisdiction, and civil and criminal pleadings and processes, applies by its express terms to any Pleading or Process, to any Court of Canada and to all or any of the Courts of Quebec.

et une instance criminelle ou pénale d'autre part. Selon cette proposition, celui qui engage des procédures civiles conserverait le choix de la langue, comme c'était la pratique avant la Confédération, mais dans une instance criminelle ou pénale, l'accusé aurait le droit d'être assigné à comparaître dans la langue de son choix devant les tribunaux de juridiction criminelle ou pénale. Une distinction avait été faite entre les deux types d'instances avant l'union fédérale, puisque les actes d'accusation étaient presque invariablement rédigés en langue anglaise et que les anglophones étaient ainsi assignés à comparaître et inculpés dans leur langue devant les tribunaux de juridiction criminelle. Cette intervenante fait aussi valoir qu'une sommation au pénal ou au criminel émane de l'État, point que j'ai déjà traité.

À mon avis, cette distinction n'est aucunement justifiée par le texte de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle est si élémentaire et fondamentale qu'aucun juriste, en particulier aucun rédacteur de dispositions législatives ou constitutionnelles, ne peut l'avoir oubliée ou ignorée, à moins d'avoir eu précisément l'intention de ne pas en tenir compte. Cette distinction est faite expressément dans d'autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit les par. 91(27) et 92(14), qui attribuent une compétence législative exclusive au Parlement du Canada et aux législatures provinciales, respectivement, dans les matières suivantes:

27. le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle;

et

14. l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux;

L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, loin de faire la distinction entre les tribunaux de juridiction civile et de juridiction criminelle, et les plaidoiries et pièces de procédure en matière civile et criminelle, s'applique, de par ses termes exprès, à toute plaidoirie ou pièce de procédure, aux tribunaux du Canada et aux tribunaux du Québec.

In my view, the compromise suggested by the Société franco-manitobaine also amounts to a constitutional amendment beyond the reach of ordinary legislators and far outside the province of any court.

VII—The Historical Record

Both the appellant and the Société franco-manitobaine have gone into the historical background of s. 133 at considerable length to support their main positions.

The historical record, in my view, far from supporting their positions, squarely contradicts them. I do not propose to make any exhaustive review of this record but simply to look at what is demonstrated by a few legislative precedents.

I have already quoted above three pre-confederation statutory provisions; the first one, an Ordinance of 1785, *supra*, provided for the issuance of a summons in the language of the defendant at the instance of the plaintiff in certain civil cases; the second one 1843 (Can.), 7 Vict., c. 16, imposed the duty to observe complete bilingualism with respect to the writs or processes of any Court of Queen's Bench or of the Circuit Courts; the third one, the *Act respecting Municipalities and Roads in Lower Canada, supra*, provided for the issuance of special notices in the language of the person to whom they were addressed, if such language be either English or French.

One could also quote *An Act for the establishment of a better Court of Appeals in Lower Canada*, 1843 (Can.), 7 Vict., c. 18, s. X of which provided that all writs and processes of that Court: ... shall be in both the English and the French language[s]; any law, usage or custom to the contrary notwithstanding.

However, these provisions and others were modified by *An Act to amend the Law relative to the Administration of Justice in Lower Canada*, 1846 (Can.), 9 Vict., c. 29, which provided, *inter alia*:

That the eighteenth section of the Act passed in the seventh year of Her Majesty's Reign, and intituled, *An*

À mon avis, le compromis proposé par la Société franco-manitobaine équivaut lui aussi à une modification constitutionnelle que ne peut apporter le législateur ordinaire et qui est loin de ressortir aux tribunaux.

VII—Le contexte historique

L'appelant et la Société franco-manitobaine ont eu tous les deux largement recours au contexte historique de l'art. 133 pour étayer leurs moyens principaux.

Ce contexte historique, à mon avis, loin d'étayer les moyens qu'ils invoquent, les contredit carrément. Je me propose non pas de procéder à un examen exhaustif de ce contexte, mais simplement de vérifier ce que démontrent quelques précédents législatifs.

J'ai déjà cité trois dispositions législatives antérieures à la Confédération; la première, tirée de l'Ordonnance de 1785, précitée, prévoyait la délivrance d'une sommation dans la langue du défendeur, sur les instances du demandeur, dans certaines affaires civiles; la seconde, tirée de 1843 (Can.), 7 Vict., chap. 16, imposait l'obligation d'observer un bilinguisme total en matière de writs ou d'ordres émanant de toute Cour du Banc de la Reine ou des cours de circuit. La troisième, tirée de l'*Acte concernant les Municipalités et les Chemins dans le Bas Canada*, précité, prévoyait la délivrance d'avis spéciaux dans la langue de leur destinataire, si cette langue était le français ou l'anglais.

On pourrait aussi citer l'*Acte pour établir une meilleure Cour d'Appel dans le Bas-Canada*, 1843 (Can.), 7 Vict., chap. 18, dont l'art. X portait que tout writ et tout ordre émanant de cette cour: ... sera dans les deux langues Anglaise et Française, nonobstant toute loi, usage ou coutume à ce contraire.

Toutefois, ces dispositions, ainsi que d'autres, ont été modifiées par l'*Acte pour amender la loi relative à l'administration de la Justice dans le Bas Canada*, 1846 (Can.), 9 Vict., chap. 29, qui dispose notamment:

... que la dix-huitième section de l'acte passé dans la septième année du règne de Sa Majesté, et intitulé: *Acte*

Act to repeal certain Acts and Ordinances therein mentioned, and to make better provision for the Administration of Justice in Lower Canada, and so much of the tenth section of a certain other Act, passed in the said seventh year of Her Majesty's Reign, and intituled, *An Act for the establishment of a better Court of Appeals in Lower Canada*, and of any other Act or Law in force in Lower Canada as requires that any Writ or Process issuing out of any of her Majesty's Courts of Justice therein, should be in both the English and French languages, shall be and the same are hereby repealed, and henceforth any Writ or Process issuing out of any such Court may be either in the English or in the French language; any law, usage or custom to the contrary notwithstanding.

Legislation to the same effect was passed in subsequent years leading to Confederation. Thus *An Act to amend the Laws relative to the Courts of Original Civil Jurisdiction in Lower-Canada*, 1849 (Can.), 12 Vict., c. 38, provided in s. XIX for the language of the writs and processes of the Superior Court:

... And every such Writ or Process may be either in the English or in the French language, any law, custom or usage to the contrary notwithstanding;

Similarly, *An Act respecting the Court of Queen's Bench*, C.S.L.C. 1861, c. 77, provided in s. 28 for the language of the writs and processes of that court:

... and every such writ and process may be either in the English or in the French language.

Finally, *An Act respecting the ordinary Procedure in the Superior and Circuit Courts*, C.S.L.C. 1861, c. 83, made provision for the language of the writs and processes of the Superior Court:

... and every such writ or process may be either in the English or in the French language;

What this historical record demonstrates is that the Fathers of Confederation were quite familiar with the old and thorny problem of language rights; they knew or must have known of the various experiments which had been attempted in this area; and they were provided with a whole panoply of legislative models from which to draw,

pour abroger certains actes et ordonnances y mentionnés, et pour mieux pourvoir à l'administration de la justice dans le Bas Canada; et telle partie de la dixième section d'un certain autre acte, passé dans la dite septième année du règne de Sa Majesté, et intitulé: *Acte pour établir une meilleure cour d'appel dans le Bas Canada*; et de tout autre acte ou loi en force dans le Bas Canada, qui exige que tout writ ou *process* y émanant d'aucune des cours de justice de Sa Majesté, soit dans les deux langues, anglaise et française, seront et elles sont par le présent abrogées, et qu'à l'avenir tout writ ou *process* qui émanera d'aucune telle cour pourra être soit dans la langue anglaise ou dans la langue française; nonobstant toute loi, usage ou coutume à ce contraire.

Une loi dans le même sens était adoptée au cours des années subséquentes qui ont abouti à la Confédération. Ainsi l'*Acte pour amender les lois relatives aux cours de juridiction civile en première instance, dans le Bas-Canada*, 1849 (Can.), 12 Vict., chap. 38 prévoit, à l'art. XIX, quelle sera la langue des writs et pièces de procédure de la Cour supérieure:

... et chacun de ces writs ou pièces de procédure pourra être écrit soit dans la langue anglaise ou dans la langue française, nonobstant toute loi, coutume ou usage à ce contraire;

De même, l'*Acte concernant la Cour du Banc de la Reine*, S.R.B.C. 1861, chap. 77, prescrit, à l'art. 28, la langue dans laquelle les brefs et ordres émanant de cette cour seront rédigés:

... et tout bref ou ordre pourra être dressé dans la langue anglaise ou française.

Enfin, l'*Acte concernant la procédure ordinaire dans la Cour Supérieure et la Cour de Circuit*, S.R.B.C. 1861, chap. 83, comporte une disposition sur la langue des brefs et pièces de procédure de la Cour supérieure:

... et chacun de ces brefs ou pièces de procédure peut être écrit soit dans la langue anglaise ou dans la langue française;

Ce que ce contexte historique démontre, c'est que les Pères de la Confédération étaient bien au fait du vieux problème épineux des droits linguistiques; ils connaissaient, ou ont dû connaître, les diverses expériences qui avaient été tentées dans ce domaine; et ils disposaient de toute une panoplie de modèles législatifs où ils pouvaient puiser, en

distinguishing between types of courts and processes, compulsory judicial bilingualism, possible unilingualism in the language of the defendant, compulsory judicial unilingualism in the language of the recipient of a special notice, and, as in the last three examples, optional unilingualism at the option of either the court or the person requesting the issuance of a writ or process.

In a historic constitutional agreement, preceded by Quebec Resolution 46, which was carefully redrafted several times, the Fathers of Confederation chose that last mentioned system for judicial purposes combined with compulsory bilingualism for the purposes of legislation. This was noted by Laskin C.J.C. speaking for the whole Court in *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182 at pp. 194-95:

Among the Quebec Resolutions that were approved at the Conference in 1864, which was a prelude to Confederation in 1867, was Resolution 46, which became Resolution 45 at the London (Westminster Palace Hotel) Conference in 1866. It was as follows:

Both the English and French Languages may be employed in the general Parliament and in its proceedings and in the local Legislature of Lower Canada, and also in the Federal courts and in the courts of Lower Canada.

As it emerged in s. 133, this Resolution had an obligatory aspect added to its provision for the use of English or French. In establishing equality of use of the two languages, s. 133 did so in relation to certain proceedings of a public character in specified legislative operations and in specified Courts, but it went no farther.

To repeat, the historical record contradicts the position taken by the appellant and both interveners.

VIII—Communication as the Purpose of Language Rights, and Natural Justice

In addition to an historical argument, two distinct but convergent approaches to the interpretation of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* have been urged upon us.

faisant la distinction entre les genres de tribunaux et de pièces de procédure, le bilinguisme judiciaire obligatoire, la possibilité de l'unilinguisme dans la langue du défendeur, l'unilinguisme judiciaire obligatoire dans la langue du destinataire d'un avis spécial et, comme dans les trois derniers exemples, l'unilinguisme optionnel, au choix soit du tribunal, soit de la personne qui demande la délivrance d'un bref ou d'une pièce de procédure.

Dans une entente constitutionnelle historique, précédée de la résolution 46 de Québec, qui a été réécrite soigneusement à plusieurs reprises, les Pères de la Confédération ont choisi le dernier système mentionné pour les tribunaux, avec le bilinguisme obligatoire pour les fins législatives. C'est ce qu'a noté le juge en chef Laskin, au nom de toute la Cour, dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, aux pp. 194 et 195:

Parmi les Résolutions de Québec qui furent approuvées à la Conférence de 1864, laquelle fut un prélude à la Confédération de 1867, on note la Résolution 46, qui devint la Résolution 45 à la Conférence de Londres (Westminster Palace Hotel) de 1866. Elle se lisait comme suit:

Les langues anglaise et française pourront être simultanément employées dans les délibérations du Parlement fédéral ainsi que dans la législature du Bas-Canada, et aussi dans les cours fédérales et les cours du Bas-Canada.

Quand elle devint l'art. 133, un aspect obligatoire était venu s'ajouter à sa disposition touchant l'usage de l'anglais ou du français. Pour établir l'égalité de l'usage des deux langues, l'art. 133 vise certains actes de caractère public dans des activités législatives déterminées et devant des tribunaux déterminés, mais il ne va pas plus loin.

Je le répète, le contexte historique contredit la position adoptée par l'appelant et les deux intervenantes.

VIII—La communication, en tant qu'objet des droits linguistiques, et la justice naturelle

Outre l'argument relatif au contexte historique, on nous a invité à adopter deux méthodes convergentes pour interpréter l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

The first approach is focussed on the strict language aspect of the rights conferred by s. 133. Since the purpose of language is communication, s. 133, under this approach, is regarded as introducing a potentially complete or at least a potentially comprehensive scheme of language rights; with the help of a purposive and dynamic judicial interpretation of s. 133, such a scheme would ultimately protect and promote not only the right to use either official language in the active sense, but also the ultimate right to be understood in either of them.

The other approach consists in looking at s. 133 as re-enforcing the appellant's view of his language rights by reading into the section or relating to it some requirement of natural justice and procedural fairness.

Attractive as these two approaches may seem at first blush, they should be avoided in my respectful opinion: the first approach flows from a mistaken view of the scope of language rights protected by s. 133; the second approach is based on a confusion as to the respective nature and purpose of s. 133 and the requirements of natural justice.

In the *Jones* case, at p. 193, Laskin C.J.C. had already noted the limited scope of s. 133 in its strict language aspect:

The words of s. 133 themselves point to its limited concern with language rights; and it is, in my view, correctly described as giving a constitutionally based right to any person to use English or French in legislative debates in the federal and Quebec Houses and in any pleading or process in or issuing from any federally established Court or any Court of Quebec, and as imposing an obligation of the use of English and French in the records and journals of the federal and Quebec legislative Houses and in the printing and publication of federal and Quebec legislation.

Professor Gérard-A. Beaudoin also observed in "Le décor historique et constitutionnel" (1983), 14 *R.D.G.* 227 that s. 133:

La première méthode est axée sur l'aspect strictement linguistique des droits conférés par l'art. 133. Comme le langage a pour objet la communication, l'art. 133, selon cette méthode, est considéré comme introduisant un système potentiellement complet, ou à tout le moins potentiellement global, de droits linguistiques; à l'aide d'une interprétation judiciaire dynamique et fondée sur l'objet de l'art. 133, un tel système garantirait et favoriserait en fin de compte non seulement le droit d'utiliser l'une ou l'autre langue officielle au sens actif, mais aussi, finalement, le droit d'être compris dans l'une ou l'autre de ces langues.

L'autre méthode consiste à considérer l'art. 133 comme renforçant la conception qu'a l'appelant de ses droits linguistiques, en prêtant à l'article ou en y rattachant quelque exigence de justice naturelle et d'équité en matière de procédure.

Si attrayantes que puissent paraître ces deux méthodes à première vue, j'estime qu'elles doivent être évitées: la première découle d'une conception erronée de la portée des droits linguistiques garantis par l'art. 133; la seconde repose sur une confusion quant à la nature et à l'objet respectifs de l'art. 133 et quant aux exigences de la justice naturelle.

À la page 193 de l'arrêt *Jones*, le juge en chef Laskin avait déjà souligné la portée limitée de l'art. 133, sous son aspect strictement linguistique:

Les mots mêmes de l'art. 133 indiquent qu'il n'est l'expression que d'une préoccupation limitée en matière de droits linguistiques; et il a été, selon moi, décrit à bon droit comme donnant à toute personne un droit constitutionnel de se servir de l'anglais ou du français dans les débats législatifs des chambres du Parlement du Canada et de la législature de Québec et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux fédéraux et les tribunaux du Québec, ou émanant d'eux, et comme imposant l'obligation d'employer la langue anglaise et la langue française dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs des chambres du Parlement du Canada et de la législature de Québec ainsi que dans l'impression et la publication des lois du Parlement du Canada et de la législature de Québec.

Le professeur Gérard-A. Beaudoin fait aussi remarquer, dans son article intitulé «Le décor historique et constitutionnel» (1983), 14 *R.G.D.* 227, que l'art. 133:

[TRANSLATION] . . . did not introduce into our constitution a true concept of official languages, merely a kind of embryo bilingualism.

I respectfully agree with these observations. Section 133 has not introduced a comprehensive scheme or system of official bilingualism, even potentially, but a limited form of compulsory bilingualism at the legislative level, combined with an even more limited form of optional unilingualism at the option of the speaker in Parliamentary debates and at the option of the speaker, writer or issuer in judicial proceedings or processes. Such a limited scheme can perhaps be said to facilitate communication and understanding, up to a point, but only as far as it goes and it does not guarantee that the speaker, writer or issuer of proceedings or processes will be understood in the language of his choice by those he is addressing.

This incomplete but precise scheme is a constitutional minimum which resulted from a historical compromise arrived at by the founding people who agreed upon the terms of the federal union. The scheme is couched in a language which is capable of containing necessary implications, as was held in *Blaikie No. 1* and *Blaikie No. 2* with respect to certain forms of delegated legislation. It is a scheme which, being a constitutional minimum, not a maximum, can be complemented by federal and provincial legislation, as was held in the *Jones* case. And it is a scheme which can of course be modified by way of constitutional amendment. But it is not open to the courts, under the guise of interpretation, to improve upon, supplement or amend this historical constitutional compromise.

This brings me to the other approach urged upon us and which would have us look at s. 133 as re-enforcing the appellant's interpretation of his language rights by reading into the section or relating to it requirements of natural justice and procedural fairness. In this connection, the appellant referred in his factum to s. 11(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

. . . n'a pas introduit dans notre constitution un concept véritable de langues officielles. Il faisait plutôt état d'un embryon de bilinguisme.

Avec égards, j'approuve ces observations. L'article 133 a introduit non pas un programme ou système de bilinguisme officiel global, même en puissance, mais plutôt une forme limitée de bilinguisme obligatoire au niveau législatif, combinée à une forme encore plus limitée d'unilinguisme optionnel, au choix de la personne qui s'exprime dans les débats parlementaires ou dans une instance judiciaire, ainsi que du rédacteur ou de l'auteur de procédures ou de pièces de procédure judiciaires. On peut peut-être dire que ce système limité facilite jusqu'à un certain point la communication et la compréhension, mais dans cette mesure seulement, et il ne garantit pas que l'orateur, le rédacteur ou l'auteur de procédures ou de pièces de procédure sera compris dans la langue de son choix par ceux à qui il s'adresse.

Ce système incomplet mais précis représente un minimum constitutionnel résultant d'un compromis historique intervenu entre les fondateurs quand ils se sont entendus sur les modalités de l'union fédérale. Le système est couché dans des termes susceptibles de comporter des implications nécessaires, comme cela a été établi dans les arrêts *Blaikie n° 1* et *Blaikie n° 2*, quant à certaines formes de législation déléguée. C'est un système qui, du fait qu'il constitue un minimum constitutionnel, et non un maximum, peut être complété par des lois fédérales et provinciales, comme on l'a conclu dans l'arrêt *Jones*. Et c'est un système qui, bien entendu, peut être changé par voie de modification constitutionnelle. Mais il n'appartient pas aux tribunaux, sous le couvert de l'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y ajouter ou de le modifier.

Cela m'amène à l'autre méthode qu'on nous a invités à adopter et qui nous ferait considérer l'art. 133 comme renforçant la conception qu'a l'appellant de ses droits linguistiques, en prêtant à l'article ou en y rattachant des exigences de justice naturelle et d'équité en matière de procédure. À cet égard, l'appellant s'est référé dans son mémoire à l'al. 11(a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

11. Any person charged with an offence has the right (a) to be informed without unreasonable delay of the specific offence;

The requirements of this provision, according to him "serve to supplement the protections provided for in s. 133". And he adds:

Further, the requirements in respect to language rights as provided for in section 133 of our constitution and section 11(a) of our Charter of Rights and Freedoms are re-enforced and made more explicit in:

R. vs. Coté (1977) 33 C.C.C. (2d) 353, per de Grandpré, J.:

"The 'golden rule' as regards the sufficiency of an information is whether the accused was reasonably informed of the transaction alleged against him, thus giving the opportunity of making a full defence and ensuring a fair trial". [Extract from the headnote.]

Before I discuss this second approach to the construction of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, one should bear in mind that the *Charter* came into force on April 17, 1982, after the trial in the Municipal Court but before the appeal by way of trial *de novo*. On June 23, 1982, the Quebec National Assembly passed *An Act respecting the Constitution Act, 1982, 1982 (Que.)*, c. 21, which came into force on the same day. Pursuant to s. 33 of the *Charter*, it provided for the operation of all provincial acts notwithstanding the provisions of ss. 2 and 7 to 15 of the *Charter*. The constitutional validity of this last act has been challenged and is now before the courts. I will accordingly refrain from expressing any view on this point. I will nevertheless assume, subject to this reservation, that all the provisions of the *Charter* applied at the date of the trial *de novo* in the case at bar. I do so simply because the appellant referred to the *Charter* before this Court. But I wish to say now, that in my respectful opinion and for the reasons explained below, the appellant's rights as guaranteed by the *Charter* were not violated in this case.

I now turn to the consideration of the second approach urged upon us by the appellant with respect to the interpretation of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*.

11. Tout inculpé a le droit:

a) d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche;

D'après lui, les exigences de cette disposition [TRANSDUCTION] «servent à compléter les garanties prévues à l'art. 133». Et il ajoute:

[TRADUCTION] De plus les exigences en matière de droits linguistiques prévues par l'art. 133 de notre Constitution et par l'al. 11a) de notre Charte des droits et libertés sont renforcées et explicitées dans:

R. vs. Côté (1977), 33 C.C.C. (2d) 353, le juge de Grandpré:

«... la règle par excellence quant au caractère suffisant d'une dénonciation consiste à se demander si l'accusé a été raisonnablement informé de l'infraction qu'on lui impute, de manière à avoir la possibilité d'opposer une défense pleine et entière et à subir un procès équitable.» [Extrait du sommaire.]

Avant d'analyser cette seconde façon d'interpréter l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il faut garder à l'esprit que la *Charte* est entrée en vigueur le 17 avril 1982, après le procès en Cour municipale, mais avant l'appel par voie de procès *de novo*. Le 23 juin 1982, l'Assemblée nationale du Québec a adopté la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, 1982 (Qué.)*, chap. 21, qui est entrée en vigueur le même jour. Conformément à l'art. 33 de la *Charte*, elle prévoit que toutes les lois provinciales s'appliqueront nonobstant les dispositions des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte*. La constitutionnalité de cette dernière loi a été contestée et les tribunaux en sont maintenant saisis. Je m'abstiendrai en conséquence d'exprimer une opinion à ce sujet. Je vais néanmoins présumer, sous cette réserve, que toutes les dispositions de la *Charte* s'appliquaient au moment du procès *de novo* en l'espèce. Si je le fais, c'est simplement parce que l'appellant s'est référé à la *Charte* devant cette Cour. Mais je tiens à dire tout de suite qu'à mon avis, pour les raisons expliquées plus bas, les droits que la *Charte* garantit à l'appellant n'ont pas été violés en l'espèce.

Je passe maintenant à l'examen de la seconde méthode que l'appellant nous a invités à adopter pour ce qui est d'interpréter l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

It should be stated at the outset that compliance with s. 133, as this section provides for a minimum constitutional protection of language rights, may very well fall short of the requirements of natural justice and procedural fairness. These requirements protect not language rights but other rights, referred to as legal rights in the *Charter*, which s. 133 was never intended to safeguard in the first place and to which it is entirely unrelated.

A few examples will illustrate this point.

Suppose that a person is charged with a criminal offence drafted in either the French or the English language and that person does not understand the language of the charge. It goes without saying that this person cannot be asked to plead and be tried upon the charge in these circumstances. What will happen as a matter of practice as well as of law is that the judge will call upon a sworn interpreter to translate the charge into a language that the accused can understand. But this is so whether the accused speaks only German or Cantonese and has nothing to do with what s. 133 stands for. Provision is made for this different purpose by other enactments relating for instance to interpreters and under other principles of law some of which are now enshrined in the provisions of distinct constitutional or quasi-constitutional instruments, such as s. 2(g) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 14 of the *Charter*, also relating to interpreters. See for instance: *Attorney General of Ontario v. Reale*, [1975] 2 S.C.R. 624; *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373 (Ont. Co. Ct.); *Sadjade v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 361.

Similarly, should a judge order in one official language the exclusion of witnesses and should one witness stay in court because he does not understand that language, this witness would have a good defence to a charge of contempt. But this will also be the case for deaf witnesses or for witnesses who speak a language other than either of the two official languages.

Il faut d'abord dire que le respect de l'art. 133, qui assure une protection constitutionnelle minimale des droits linguistiques, peut fort bien ne pas répondre aux exigences de la justice naturelle et de l'équité en matière de procédure. Ces exigences protègent non pas des droits linguistiques mais d'autres droits, qui sont désignés sous le nom de garanties juridiques dans la *Charte*, que l'art. 133 n'a jamais eu pour objet de sauvegarder au départ et avec lesquels il n'a rien à voir.

Voici quelques exemples pour illustrer ce point.

Supposons qu'une personne accusée d'une infraction criminelle, au moyen d'un acte rédigé soit en français soit en anglais, ne comprend pas la langue de l'inculpation. Il va sans dire qu'on ne saurait demander à cette personne de plaider et d'être jugée relativement à l'inculpation dans ces circonstances. Ce qui va se passer en pratique, comme en droit, c'est que le juge va demander à un interprète assermenté de traduire l'inculpation dans une langue que la personne accusée peut comprendre. Mais il en est ainsi peu importe que l'accusé ne parle que l'allemand ou le cantonais et cela n'a rien à voir avec ce que représente l'art. 133. Ce sont d'autres textes législatifs qui pourvoient à cet objet différent, comme par exemple ceux se rapportant aux interprètes, de même que d'autres principes de droit, dont certains sont maintenant enchâssés dans les dispositions de textes constitutionnels ou quasi constitutionnels distincts, tels l'al. 2g) de la *Déclaration canadienne des droits* et l'art. 14 de la *Charte*, qui se rapportent aussi aux interprètes. Voir par exemple: *Procureur général de l'Ontario c. Reale*, [1975] 2 R.C.S. 624; *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373 (C. de comté Ont.); *Sadjade c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 361.

De même, s'il arrivait qu'un juge ordonne dans une langue officielle l'exclusion des témoins et qu'un témoin ne quitte pas la salle d'audience parce qu'il ne comprend pas cette langue, ce témoin disposerait alors d'un bon moyen de défense contre une accusation d'outrage au tribunal. Mais il en sera également ainsi pour les témoins qui sont atteints de surdité ou qui parlent une langue autre que les deux langues officielles.

The principle is further illustrated by what happened in the case at bar. Here is what the appellant writes at pp. 1 and 2 of his factum:

On the morning of the prescribed trial date, the Court, in Appellant's absence, proceeded "ex-parte" and found Appellant guilty as charged, imposing a sentence of "a fine of \$40.00 plus costs or one week in jail".

Appellant, who believed that his trial would take place at the same time of day as did his arraignment, presented himself at 3:00 p.m. on the prescribed date and was informed that his trial had already taken place and that he had been found guilty as charged. Appellant thereupon requested and was granted permission to reinstate his plea of "not guilty" and a new trial date was fixed at 10:00 a.m. on October 19, 1981.

It is not clear whether the cause of the misunderstanding had to do with the use of one official language, but what matters from the point of view of procedural fairness is that the appellant succeeded in obtaining an appropriate remedy, namely the rescission of a judgment rendered against him by default.

It is axiomatic that everyone has a common law right to a fair hearing, including the right to be informed of the case one has to meet and the right to make full answer and defence. Where the defendant cannot understand the proceedings because he is unable to understand the language in which they are being conducted, or because he is deaf, the effective exercise of these rights may well impose a consequential duty upon the court to provide adequate translation. But the right of the defendant to understand what is going on in court and to be understood is not a separate right, nor a language right, but an aspect of the right to a fair hearing.

It should be absolutely clear however that this common law right to a fair hearing, including the right of the defendant to understand what is going on in court and to be understood is a fundamental right deeply and firmly embedded in the very fabric of the Canadian legal system. That is why certain aspects of this right are entrenched in general as well as specific provisions of the *Charter* such as s. 7, relating to life, liberty and security

Le principe est en outre illustré par ce qui s'est passé en l'espèce. Voici ce qu'écrit l'appellant aux première et deuxième pages de son mémoire:

[TRADUCTION] Le matin du jour fixé pour le procès, la cour, en l'absence de l'appellant, a procédé par défaut et a déclaré l'appellant coupable de l'infraction reprochée, lui imposant comme peine une «amende de 40 \$ plus les dépens, ou une semaine d'emprisonnement.»

L'appellant, qui croyait que son procès aurait lieu à la même heure que son interpellation, s'est présenté à 15 h, au jour fixé, pour se faire dire que son procès avait déjà eu lieu et qu'il avait été reconnu coupable de l'infraction reprochée. L'appellant a alors demandé et obtenu l'autorisation d'inscrire à nouveau un plaidoyer de «non-culpabilité», et une nouvelle date a été fixée pour son procès, savoir le 19 octobre 1981, à 10 h.

Il n'est pas clair si la cause du malentendu a eu quelque chose à voir avec l'emploi d'une langue officielle, mais ce qui importe du point de vue de l'équité en matière de procédure, c'est que l'appellant a réussi à obtenir un redressement approprié, savoir la rescision d'un jugement prononcé par défaut contre lui.

Il va de soi que chacun jouit, en *common law*, du droit à un procès équitable, y compris le droit d'être informé de la preuve qui pèse contre lui, ainsi que le droit à une défense pleine et entière. Lorsque le défendeur ne comprend pas la procédure engagée contre lui, parce qu'il est incapable de comprendre la langue dans laquelle l'instance se déroule, ou parce qu'il est atteint de surdité, l'exercice effectif de ces droits peut fort bien imposer au tribunal une obligation corrélative de fournir une traduction appropriée. Mais le droit du défendeur de comprendre ce qui se passe dans le prétoire et d'y être compris est non pas un droit distinct, ni un droit linguistique, mais un aspect du droit à un procès équitable.

Cependant, il devrait être tout à fait clair que ce droit à un procès équitable que reconnaît la *common law*, y compris le droit du défendeur de comprendre ce qui se passe dans le prétoire et d'y être compris, est un droit fondamental qui est profondément et fermement enraciné dans la structure même du système juridique canadien. C'est pourquoi certains aspects de ce droit sont enchâssés tout autant sous la forme de dispositions

of the person and s. 14, relating to the assistance of an interpreter. While Parliament or the legislature of a province may, pursuant to s. 33 of the *Charter*, expressly declare that an Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in s. 2 or ss. 7 to 15 of the *Charter*, it is almost inconceivable that they would do away altogether with the fundamental common law right itself, assuming that they could do so.

This is not to put the English and the French languages on the same footing as other languages. Not only are the English and the French languages placed in a position of equality, they are also given a preferential position over all other languages. And this equality as well as this preferential position are both constitutionally protected by s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. Without the protection of this provision, one of the two official languages could, by simple legislative enactment, be given a degree of preference over the other as was attempted in Chapter III of Title 1 of the *Charter of the French Language*, invalidated in *Blaikie No. 1*. English unilingualism, French unilingualism and, for that matter, unilingualism in any other language could also be imposed by simple legislative enactment. Thus it can be seen that, if s. 133 guarantees but a minimum, this minimum is far from being insubstantial.

It would constitute an error either to import the requirements of natural justice into the language rights of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, or vice versa, or to relate one type of right to the other under the pretext of re-enforcing both or either of them. Both types of rights are conceptually different. Also, language rights such as those protected by s. 133, while constitutionally protected, remain peculiar to Canada. They are based on a political compromise rather than on principle and lack the universality, generality and fluidity of basic rights resulting from the rules of natural justice. They are expressed in more precise and less flexible language. To link these two types of

générales que sous celle de dispositions spécifiques dans la *Charte*, comme l'art. 7 relatif à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et l'art. 14 portant sur l'assistance d'un interprète. Tandis que le Parlement ou la législature d'une province peut, conformément à l'art. 33 de la *Charte*, déclarer expressément qu'une loi ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'art. 2 ou des art. 7 à 15 de la *Charte*, il est presque inconcevable qu'ils supprimeraient complètement le droit fondamental lui-même que reconnaît la *common law*, à supposer qu'ils pourraient le faire.

Cela ne revient pas à placer les langues française et anglaise sur un pied d'égalité avec d'autres langues. Les langues française et anglaise sont non seulement placées sur un pied d'égalité, mais encore elles se voient conférer un statut privilégié par rapport à toutes les autres langues. Et cette égalité et ce statut privilégié sont tous les deux garantis par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sans la protection de cette disposition, il serait possible, par simple voie législative, d'accorder à l'une des deux langues officielles une certaine mesure de préférence comme on a tenté de le faire au chapitre III du titre premier de la *Charte de la langue française*, qui a été invalidé dans l'arrêt *Blaikie n° 1*. L'unilinguisme français, l'unilinguisme anglais et, quant à cela, l'unilinguisme dans toute autre langue pourraient être aussi prescrits par simple voie législative. On peut donc constater que si l'art. 133 ne garantit qu'un minimum, ce minimum est loin d'être inconsistant.

Ce serait une erreur que de rattacher les exigences de la justice naturelle aux droits linguistiques de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou vice versa, ou de relier un genre de droit à un autre, sous le prétexte de renforcer l'un de ces droits ou les deux à la fois. Ces deux genres de droits sont différents sur le plan des concepts. Aussi, bien qu'ils jouissent d'une garantie constitutionnelle, les droits linguistiques comme ceux que protège l'art. 133 demeurent particuliers au Canada. Ils sont fondés sur un compromis politique plutôt que sur un principe et n'ont pas l'universalité, le caractère général et la fluidité des droits fondamentaux qui découlent des règles de la

rights is to risk distorting both rather than re-enforcing either.

Before I leave this subject however, I wish to dismiss any suggestion, if there be one, that the rights of the appellant to a fair hearing, as distinct from his language rights, might somehow have been infringed on the facts of this case, and that he might be entitled to be discharged or to have a new hearing on any basis other than s. 133 of the *Constitution Act, 1867*.

I did not understand that such was the position of the appellant. From the beginning to the end of these proceedings, the sole thrust of his argument was his interpretation of s. 133. This is what was stated by Judge Bourassa. In his notice of appeal to the Superior Court, which is subsequent to the coming into force of the *Charter*, the appellant invoked neither the *Charter* nor any principle of natural justice or procedural fairness; the only provision he expressly relied upon was s. 133. He did the same in his application for leave to appeal and notice of appeal in the Court of Appeal. In his reasons for judgment at p. 999 Meyer J. alluded to the *Charter*, either of his own notion or because it was mentioned in argument and, in my opinion, rightly held:

... my decision would be identical whether or not the new Charter of Rights were applicable. To my mind, the only relevant question is the meaning of Section 133 and whether or not it applies in the present instance.

The first and only pleadings of the appellant which briefly refer to the *Charter* and to the requirements of natural justice are his application for leave to appeal to this Court and his factum. Both are to the same effect and I have quoted above the main part of the factum on this point: The *Charter* and the requirements of natural justice are invoked by the appellant only to re-enforce his essential submission on s. 133. It is significant also that the constitutional question which the appellant submitted to Ritchie J. and which was accepted by the latter, relates only to s. 133 and not to the *Charter*. To sum up, the sole purpose of the appellant, as I understand it, has been from the

justice naturelle. Ils sont définis de manière plus précise et moins souple. Les lier, c'est risquer de les dénaturer tous les deux, plutôt que de les renforcer l'un et l'autre.

^a Avant de délaissier ce sujet cependant, je souhaite écarter toute idée, s'il en est, que le droit de l'appelant à un procès équitable, par opposition à ses droits linguistiques, pourrait en quelque sorte ^b avoir été violé selon les faits de l'espèce et qu'il pourrait avoir droit à une libération ou à un nouveau procès sur tout autre fondement que l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

^c Si j'ai bien compris, telle n'était pas la position de l'appelant. Du début à la fin de ces procédures, son argumentation a porté uniquement sur son interprétation de l'art. 133. C'est ce qu'a dit le juge Bourassa. Dans son avis d'appel à la Cour ^d supérieure, qui a été déposé après l'entrée en vigueur de la *Charte*, l'appelant n'a invoqué ni la *Charte* ni aucun principe de justice naturelle ou d'équité en matière de procédure; la seule disposition sur laquelle il s'est expressément appuyé a été ^e l'art. 133. Il a fait la même chose dans sa demande d'autorisation d'appel et dans son avis d'appel à la Cour d'appel. Dans ses motifs de jugement, à la p. 999, le juge Meyer a fait allusion à la *Charte*, soit ^f de son propre chef, soit parce qu'il en a été question au cours du débat, pour conclure, à juste titre selon moi:

[TRADUCTION] ... ma décision serait la même, que la nouvelle Charte des droits soit applicable ou non. À mon ^g sens, la seule question pertinente a trait au sens qu'il faut donner à l'art. 133 et à son applicabilité en l'espèce.

Les premières et seules plaidoiries de l'appelant qui mentionnent brièvement la *Charte* et les exigences de la justice naturelle sont sa demande ^h d'autorisation de pourvoi à cette Cour et son mémoire. Tous deux vont dans le même sens et j'ai déjà cité la partie principale de son mémoire à cet égard: la *Charte* et les exigences de la justice ⁱ naturelle ne sont invoquées par l'appelant que pour renforcer son argument essentiel relativement à l'art. 133. Il est révélateur aussi que la question constitutionnelle que l'appelant a soumise au juge Ritchie, qui l'a acceptée, ne porte que sur l'art. ^j 133 et non sur la *Charte*. En résumé, le seul but poursuivi par l'appelant, si je comprends bien, a

start and throughout these proceedings to vindicate his language rights as an English-speaking Quebecer the way he understands them, not the rights to a fair hearing which he has in common with everybody else.

If I misunderstood the appellant however, I would still be of the view that, on the facts and pleadings of this case, we are not concerned with the *Charter*, nor with the question whether the appellant was denied a fair hearing or was entitled to a trial in English if that is not what he had.

There is nothing in the case to indicate in what language or languages the trial and trial *de novo* were conducted, except that the appellant argued his case in English before Judge Bourassa. At no point did the appellant allege he did not understand the charge or the case he had to meet; by his own account, he secured a translation of the summons. There is nothing to show that he asked the court for a translation and we need not decide whether he would have been entitled to one.

IX—Conclusions on the Merits

I am of the view that the conclusions of Meyer J. and Judge Bourassa are well founded and ought not be disturbed.

The constitutional question should be read as including, in addition to the “command” aspect of the summons, the question whether the charge, being in the French language only, and not in the language of the English-speaking accused, offends the provisions of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, resulting in a total absence of jurisdiction of the court to try him on this charge.

The wording of the constitutional question calls for a few more observations. This question seems to have been modelled on the third question stated by the Manitoba Provincial Court for the Manitoba Court of Appeal in the *Bilodeau* case:

Did I err in law in convicting the accused of speeding when the summons issued under The Summary Convictions Act and The Highway Traffic Act are [*sic*] printed and published only in the English language?

été, dès le départ et tout au long de l’instance, de faire valoir ses droits linguistiques de Québécois anglophone, tels qu’il les conçoit, et non pas le droit à un procès équitable que tous possèdent également.

Mais même si j’avais mal compris l’appelant, je serais quand même d’avis que, compte tenu des faits et des plaidoiries en l’espèce, nous n’avons pas à nous intéresser à la *Charte*, ni à la question de savoir si l’appelant s’est vu refuser un procès équitable ou s’il avait droit à un procès en anglais, s’il ne l’a pas eu.

Rien en l’espèce n’indique dans quelle(s) langue(s) le procès et le procès *de novo* se sont déroulés, si ce n’est que l’appelant a défendu sa cause en anglais devant le juge Bourassa. À aucun moment, l’appelant n’a allégué qu’il ne comprenait pas l’inculpation ou la preuve qui pesait contre lui; d’après ce qu’il a dit, il a obtenu une traduction de la sommation. Rien n’indique qu’il a demandé à la cour une traduction et nous n’avons pas à décider s’il y aurait eu droit.

IX—Conclusions sur le fond

Je suis d’avis que les conclusions du juge Meyer et du juge Bourassa sont bien fondées et ne devraient pas être modifiées.

La question constitutionnelle doit être interprétée comme incluant, outre l’aspect «ordre» de la sommation, la question de savoir si l’inculpation, en langue française uniquement, et non dans la langue du prévenu anglophone, contrevient aux dispositions de l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, privant ainsi totalement la cour de compétence pour le juger relativement à cette inculpation.

Le texte de la question constitutionnelle appelle quelques observations supplémentaires. Cette question semble avoir été modelée sur la troisième question que la Cour provinciale du Manitoba a formulée à l’intention de la Cour d’appel du Manitoba dans l’affaire *Bilodeau*:

[TRADUCTION] Ai-je commis une erreur de droit en déclarant le prévenu coupable d’excès de vitesse malgré le fait que la sommation a été délivrée en vertu de la Loi dite «The Summary Convictions Act» et de la loi dite «The Highway Traffic Act», lesquelles lois sont imprimées et publiées (*sic*) uniquement en anglais?

One does not expect a summons to be published but issued, and I do not believe it was intended to distinguish between the printed parts of the summons and the other parts.

The constitutional question being read as I have indicated, I would answer it in the negative.

X—The Jurisdiction of this Court to Entertain the Appeal

I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Wilson J. and I agree with her that we have jurisdiction to hear this case.

Since the decision of McCarthy J.A. to refuse leave to appeal has the effect of leaving intact the disposition of the case by Meyer J. and Judge Bourassa, which I think is the correct one, I should be content simply to dismiss the appeal.

However, had I been of the view that the appellant's case was meritorious, I would have allowed the appeal, set aside the judgments of McCarthy J.A., Meyer J. and Judge Bourassa and discharged the appellant. I would have agreed with Wilson J. that the case should not be returned to the Quebec Court of Appeal by leave of this Court.

The Quebec Court of Appeal had already decided the issue on the merits in the *Walsh* case and this is obviously the reason why McCarthy J.A., who was a member of the *coram* in *Walsh*, refused leave to appeal in the case at bar. I believe it would have been improper directly or indirectly to ask the Court of Appeal to reconsider its decision in *Walsh*, whatever view one might take of this decision. (*Vide* the reasons of the minority in *Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452, which I find preferable to those of the majority.)

But I wish to stress that this is a jurisdiction which, for obvious reasons of policy and comity, we should exercise most sparingly, in those very rare cases where, as in this case, there is a risk that a question of major constitutional importance

On s'attend à ce qu'une sommation soit non pas publiée, mais délivrée; je ne crois pas non plus qu'on ait voulu faire la distinction entre les parties imprimées de la sommation et les autres.

La question constitutionnelle étant interprétée comme je l'ai dit, je suis d'avis d'y répondre par la négative.

X—La compétence de la Cour suprême à l'égard du pourvoi

J'ai eu le privilège de lire les motifs de ma collègue, madame le juge Wilson, et je suis d'accord avec elle pour dire que la Cour a compétence pour entendre ce pourvoi.

Comme la décision du juge McCarthy de la Cour d'appel de refuser l'autorisation d'appel ne change rien à la façon dont les juges Meyer et Bourassa ont statué sur l'affaire, qui à mon avis est la bonne, je pourrais simplement me contenter de rejeter le pourvoi.

Toutefois, si j'avais estimé que la thèse de l'appelant était fondée, j'aurais accueilli le pourvoi, annulé les jugements du juge d'appel McCarthy et des juges Meyer et Bourassa et libéré l'appelant de l'accusation portée contre lui. J'aurais été d'accord avec le juge Wilson pour dire que l'affaire ne doit pas être renvoyée à la Cour d'appel du Québec avec l'autorisation de cette Cour.

La Cour d'appel du Québec avait déjà jugé au fond cette question dans l'affaire *Walsh* et c'est évidemment pour cette raison que le juge McCarthy, qui était membre de la formation qui a entendu l'affaire *Walsh*, a refusé d'accorder l'autorisation d'appel en l'espèce. Je suis d'avis qu'il n'aurait pas été directement ou indirectement approprié de demander à la Cour d'appel de réviser sa décision dans l'affaire *Walsh*, quelle que soit la conception qu'on puisse avoir de cette décision—voir les motifs de la Cour à la minorité dans l'arrêt *Paul v. The Queen*, [1960] R.C.S. 452, que j'estime préférables à ceux de la majorité.

Je tiens cependant à souligner qu'il s'agit là d'une compétence que, pour des raisons évidentes de principe et de courtoisie, nous devrions exercer avec la plus grande modération dans les cas très rares où, comme en l'espèce, il existe un risque

might otherwise be put beyond the possibility of review by this Court.

XI—Conclusion

The constitutional question being read as indicated in these reasons is answered in the negative.

The appeal is dismissed with costs. However, there will be no order as to costs for or against the interveners.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (*dissenting*)—This case entails a consideration of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and the extent to which (if at all) that section imposes an obligation on the courts of the Province of Quebec to issue summonses and otherwise deal with an individual in either the English or the French language depending upon the language of the individual. This case also raises the question of this Court's jurisdiction to hear a case for which leave to appeal to a provincial court of appeal was denied by the provincial Court of Appeal.

1. The History of the Matter

On February 25, 1981 the appellant received a summons issued from the Municipal Court of the City of Montréal instructing him to appear before that court on May 14, 1981 to answer a charge of violating a municipal traffic by-law. The summons was printed in the French language only, and reads:

À CES CAUSES, NOUS VOUS ORDONNONS, au nom de Sa Majesté, de comparaître devant la Cour municipale de la Ville de Montréal, 775, rue Gosford, à la date fixée pour votre comparution, soit à 10 heures, soit à 15 heures, pour répondre à cette inculpation et être ultérieurement traité suivant la loi.

Appearing on his own behalf at trial, the appellant challenged the jurisdiction of the court to proceed against him on the ground that the unilingual French summons violated his fundamental language rights as an English speaker under s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. The section reads as follows:

qu'une question d'une importance majeure sur le plan constitutionnel puisse échapper autrement à la possibilité d'être examinée par cette Cour.

XI—Conclusion

La question constitutionnelle, interprétée comme je l'ai indiqué dans les présents motifs, reçoit une réponse négative.

Le pourvoi est rejeté avec dépens. Toutefois, il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (*dissidente*)—Ce pourvoi nécessite un examen de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la mesure dans laquelle (s'il en est) cet article impose aux tribunaux de la province de Québec l'obligation de délivrer les sommations et de traiter de quelque autre manière avec une personne soit en français soit en anglais selon la langue de cette dernière. Le présent pourvoi soulève aussi la question de la compétence qu'a cette Cour pour entendre une affaire à l'égard de laquelle l'autorisation d'en appeler devant une cour d'appel provinciale a été refusée par cette cour d'appel provinciale.

1. Historique de l'affaire

Le 25 février 1981, l'appelant a reçu une sommation délivrée par la Cour municipale de la ville de Montréal lui enjoignant de comparaître devant cette cour le 14 mai 1981 pour répondre à une accusation d'avoir enfreint un règlement municipal sur la circulation. La sommation était imprimée en français seulement et se lisait ainsi:

À CES CAUSES, NOUS VOUS ORDONNONS, au nom de Sa Majesté, de comparaître devant la Cour municipale de la Ville de Montréal, 775, rue Gosford, à la date fixée pour votre comparution, soit à 10 heures, soit à 15 heures, pour répondre à cette inculpation et être ultérieurement traité suivant la loi.

Comparaissant pour son propre compte au moment du procès, l'appelant a contesté la compétence de la cour d'instruire sa cause pour le motif que la sommation unilingue française allait à l'encontre des droits linguistiques fondamentaux qu'il possède, en tant qu'anglophone, en vertu de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cet article est ainsi rédigé:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

(Emphasis added.)

In the course of his reasons, Judge Bourassa of the Municipal Court made extensive reference to *Walsh v. City of Montreal* (1980), 55 C.C.C. (2d) 299, a decision of the Quebec Superior Court in which Hugessen A.C.J. found that s. 133 does not give the recipient of an initiating summons the right to choose which of the two official languages the summons should employ. As the appellant had admitted the facts alleged against him, Judge Bourassa felt compelled to find him guilty of the offence.

In a trial *de novo* before Meyer J. in the Superior Court, Criminal Division, [1982] C.S. 998, the appellant was again convicted. Meyer J. held that "It may well be desirable or fair that traffic tickets or summonses should be bilingual, to ensure comprehension by the recipient insofar as this is possible, but in my view it is not required by our law" (p. 1000). He premised this conclusion on the wording of s. 133 and the fact that this section had been interpreted in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016 (*Blaikie No. 1*), as establishing the legitimacy of proceedings in either the French or the English language in the courts and tribunals of Quebec. He then cited the decision of this Court in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312 (*Blaikie No. 2*), for the proposition that the "Either . . . or" language of s. 133 applied equally to such matters as the Rules of Practice of the Quebec courts. Meyer J. concluded that documents such as summonses emanating from the province's courts must be considered constitution-

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la Législature du Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire. En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux du Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

(C'est moi qui souligne.)

Dans ses motifs, le juge Bourassa de la Cour municipale a fait référence amplement à la décision de la Cour supérieure du Québec *Walsh v. City of Montreal* (1980), 55 C.C.C. (2d) 299, dans laquelle le juge en chef adjoint Hugessen a conclu que l'art. 133 ne confère pas à celui qui reçoit une sommation le droit de choisir la langue officielle dans laquelle elle doit être rédigée. Comme l'appellant a reconnu les faits invoqués contre lui, le juge Bourassa s'est senti tenu de le déclarer coupable de l'infraction.

Au procès *de novo* tenu devant le juge Meyer de la Cour supérieure, division criminelle, [1982] C.S. 998, l'appellant a été de nouveau déclaré coupable. Le juge Meyer a statué que [TRADUCTION] «Il peut bien être souhaitable ou juste que les sommations ou les billets de contravention soient bilingues, pour permettre à la personne qui les reçoit de les comprendre, dans la mesure où c'est possible, mais à mon avis notre droit ne l'exige pas» (p. 1000). Il fonde cette conclusion sur le texte de l'art. 133 et sur le fait que, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 (*Blaikie n° 1*), cet article a été interprété comme consacrant la légitimité des procédures en français ou en anglais devant les cours et tribunaux du Québec. Il cite ensuite l'arrêt de cette Cour *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 (*Blaikie n° 2*), pour affirmer que les mots «l'une ou l'autre» langue, à l'art. 133, s'appliquent également à des choses comme les règles de pratique des tribunaux du Québec. Le juge Meyer a conclu que les actes

ally valid so long as they are issued in one or other of the French or English languages.

The Quebec Court of Appeal on December 13, 1982 refused to grant leave to appeal from the judgment of the Superior Court. This refusal formed the basis of the appellant's application for leave to appeal to this Court. Leave was granted on May 17, 1983. A constitutional question was stated for the Court by Ritchie J. on June 21, 1983. It reads as follows:

Does a summons which is printed and published in the French language only and commands an English speaking person to appear before the Courts of Quebec offend the provisions of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, resulting in a total absence of jurisdiction of the Court to proceed against him?

2. The *Ernewein* Principle

The threshold issue the Court must confront on this appeal is the Court's capacity to review the decision of a provincial appellate court not to grant leave to appeal from a judgment at trial. In *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639, the majority of this Court held that the Supreme Court of Canada has no power under s. 31(3) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, to review a decision of the Federal Court of Appeal denying leave to appeal from a decision of the Immigration Appeal Board. Laskin C.J.C. interpreted the stipulation in s. 31(3) that "[a]n appeal lies to the Supreme Court from a final or other judgment or determination of the Federal Court of Appeal" as restricting the Supreme Court of Canada's jurisdiction to entertain appeals to cases in which the Federal Court of Appeal either pronounced on the merits of the appeal or, at a minimum, rendered judgment in an interlocutory matter. Such a restriction would, in Chief Justice Laskin's view, imbue the words "final or other judgment or determination" in s. 31(3) with a meaningful subject-matter "without including cases in which the intermediate appellate court has refused to entertain an appeal altogether by refusing required leave"

comme les sommations émanant des tribunaux de la province doivent être considérés comme constitutionnellement valides pour autant qu'ils sont délivrés dans l'une ou l'autre des langues française ou anglaise.

Le 13 décembre 1982, la Cour d'appel du Québec a refusé d'accorder l'autorisation d'en appeler de la décision de la Cour supérieure. Ce refus constitue le fondement de la demande de l'appelant visant à obtenir l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. Le pourvoi a été autorisé le 17 mai 1983. Le 21 juin 1983, le juge Ritchie a formulé, au nom de la Cour, la question constitutionnelle suivante:

La sommation qui est imprimée et publiée en français seulement et qui ordonne à une personne anglophone de comparaître devant les cours du Québec est-elle contraire aux dispositions de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, privant ainsi totalement la cour de compétence à son égard?

2. Le principe de l'arrêt *Ernewein*

La question préliminaire que la Cour doit trancher à l'occasion du présent pourvoi est celle de sa capacité de réviser la décision d'une cour d'appel provinciale de ne pas accorder l'autorisation d'en appeler d'une décision de première instance. Dans l'arrêt *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, cette Cour a statué à la majorité qu'elle n'a pas compétence, en vertu du par. 31(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, pour réviser une décision de la Cour d'appel fédérale qui a refusé l'autorisation d'en appeler d'une décision de la Commission d'appel de l'immigration. Suivant l'interprétation qu'en donne le juge en chef Laskin, la disposition du par. 31(3) selon laquelle «Les jugements finals et toute autre décision de la Cour d'appel fédérale sont ... susceptibles d'appel devant la Cour suprême» restreint la compétence qu'a la Cour suprême du Canada pour entendre des appels aux affaires où la Cour d'appel fédérale s'est prononcée sur le fond de l'appel ou, à tout le moins, rendu une décision interlocutoire. Une telle restriction aurait pour effet, selon le juge en chef Laskin, de donner aux mots «jugements finals et toute autre décision», que l'on trouve au par. 31(3), une portée substantielle «sans inclure les cas

(p. 646). Having so concluded, he then went on to add that this reasoning was equally applicable under s. 41(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, to cases in which a provincial court of appeal had refused to grant required leave. And, indeed, the reasoning in *Ernewein* was in fact applied under s. 41(1) in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1981] 1 S.C.R. 92.

If taken literally, the interpretation put upon s. 41(1) of the *Supreme Court Act* in *Ernewein* and *Nicholson* provides a complete answer to the present appeal; that is to say, the appeal would have to be dismissed as this Court would have no jurisdiction either to entertain the merits of the case or to review the Quebec Court of Appeal's exercise of discretion in refusing to grant leave. I cannot accept that interpretation of s. 41(1). This is not to say that Chief Justice Laskin's reasoning in *Ernewein* was not based upon sound principles of deference to judicial decisions rendered in exercise of a discretionary power. It clearly was. Where an appellate court is provided with the statutory authority to control its own docket through the leave granting process and its discretion is exercised in a judicial manner, an attitude of deference towards its decisions is entirely appropriate. As Laskin C.J.C. stated at pp. 646-47:

There are so many considerations that enter into a refusal to give leave as to make the matter one peculiarly for the experienced judgment of the Court from which leave is sought.

It is my view that considerations of judicial comity should operate in this respect, and I do not think they should depend on whether or not reasons are given for refusing to hear an appeal.

It is, however, a quantum leap to go from a posture of deference and "judicial comity" to an absolute abrogation of this Court's jurisdiction to exercise its general supervisory power over the

où la cour d'appel intermédiaire a tout simplement refusé d'entendre un appel en refusant l'autorisation nécessaire» (p. 646). Après être arrivé à cette conclusion, il ajoute que le même raisonnement est également applicable en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, aux affaires où une cour d'appel provinciale a refusé d'accorder l'autorisation demandée. Et en fait, le raisonnement de l'arrêt *Ernewein* a été appliqué en vertu du par. 41(1) dans l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1981] 1 R.C.S. 92.

Prise au pied de la lettre, l'interprétation donnée au par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* dans les arrêts *Ernewein* et *Nicholson* règle entièrement le sort du présent pourvoi; autrement dit, il faudrait rejeter le pourvoi puisque cette Cour n'aurait compétence ni pour entendre le pourvoi au fond ni pour réviser l'exercice de pouvoir discrétionnaire que la Cour d'appel du Québec a fait en refusant l'autorisation. Je ne puis accepter cette interprétation du par. 41(1). Cela ne revient pas à dire que le raisonnement du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Ernewein* ne se fondait pas sur des principes valables de respect pour les décisions judiciaires rendues dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il était nettement fondé sur de tels principes. Lorsqu'une cour d'appel jouit du pouvoir légal de contrôler son propre rôle grâce au processus d'autorisation et qu'elle exerce ce pouvoir discrétionnaire de manière judiciaire, il est tout à fait de mise d'avoir une attitude de respect pour ses décisions. Comme l'affirme le juge en chef Laskin, à la p. 647:

Tant d'éléments entrent en ligne de compte dans un refus d'autorisation d'appel qu'il s'agit d'une question qui relève particulièrement du jugement expérimenté de la cour à laquelle l'autorisation est demandée.

Je suis d'avis qu'il y a lieu de faire jouer des considérations de courtoisie judiciaire à cet égard, et je ne crois pas qu'elles doivent dépendre du fait que la cour d'appel a donné ou non les motifs de son refus d'entendre l'appel.

Il y a toutefois toute une marge entre une attitude de respect et de «courtoisie judiciaire» et l'abrogation absolue de la compétence de cette Cour d'exercer son pouvoir général de surveillance sur

courts below. Such an interpretation takes a sound legislative policy and well-founded principles of judicial review and stretches them to an extreme which is, in my view, impossible to support in view of the statutory language in issue.

Under s. 41(1) of the *Supreme Court Act* this Court retains the discretionary power to interfere with any final or other judgment of the intermediate appellate courts which raises an issue of national importance. This discretion is itself broadly phrased so as to include any case with respect to which "... the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it ...". While a certain amount of deference to the undoubted competence of intermediate appellate courts to control their own leave granting process is called for, it is equally evident that this Court's jurisdiction to exercise its own discretion in intervening in such decisions is not statutorily confined.

The proposition that under s. 41(1) the Court has jurisdiction to intervene even in the case of discretionary decisions of intermediate appellate courts is supported by other provisions of the *Supreme Court Act*. Section 44, for example, provides that the Court has no power to hear an appeal from a judgment or order made in the exercise of judicial discretion *except where leave to appeal is granted by this Court pursuant to s. 41 of the Act*. The section 44 restriction on the Court's power would clearly apply to appeals arising under s. 38 of the Act, *i.e.*, where a provincial court of appeal had granted leave to appeal to the Supreme Court of Canada. It would also apply to appeals arising under s. 39 of the Act, *i.e.*, where the parties have agreed to appeal a judgment of a lower court directly to the Supreme Court of Canada instead of to the provincial Court of Appeal. Accordingly, in the less usual situations in which leave to appeal to this Court is not granted by a panel of this Court, the statutory

les cours d'instance inférieure. Une telle interprétation part d'une intention valable du législateur et de principes bien établis de révision judiciaire, et les porte à une extrême qui est, à mon avis, impossible à justifier compte tenu du texte de la loi en cause.

En vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, cette Cour conserve le pouvoir discrétionnaire d'intervenir à l'égard de tout jugement définitif ou de toute autre décision d'une cour d'appel intermédiaire qui soulève une question d'importance nationale. Ce pouvoir discrétionnaire est lui-même formulé en termes généraux de manière à inclure toute affaire à l'égard de laquelle "... la Cour suprême estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie ...". Bien que cela commande un certain respect pour le pouvoir qu'ont indubitablement les cours d'appel intermédiaires de contrôler leur propre processus d'autorisation, il est également évident que le pouvoir discrétionnaire qu'a cette Cour pour intervenir dans ces décisions n'est pas limité par la loi.

D'autres dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* étayent la proposition selon laquelle la Cour a, en vertu du par. 41(1), compétence pour intervenir même dans le cas de décisions discrétionnaires de cours d'appel intermédiaires. Par exemple, l'art. 44 dispose que la Cour n'a pas compétence pour entendre l'appel d'un jugement ou d'une ordonnance rendue dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire *sauf si la Cour accorde une autorisation de pourvoi conformément à l'art. 41 de la Loi*. La restriction apportée par l'art. 44 à la compétence de la Cour s'appliquerait manifestement aux pourvois interjetés en vertu de l'art. 38 de la Loi, *c.-à-d.* lorsqu'une cour d'appel provinciale a accordé l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada. Elle s'appliquerait aussi aux pourvois interjetés en vertu de l'art. 39 de la Loi, *c.-à-d.* lorsque les parties ont convenu d'en appeler du jugement d'un tribunal d'instance inférieure directement à la Cour suprême du Canada plutôt qu'à la cour

jurisdiction excludes appeals from the exercise of judicial discretion. On the other hand, the explicit exception of s. 41 from the s. 44 restriction serves to indicate that where the route to this Court is the more usual one, *i.e.*, where leave to appeal is granted by this Court itself, its jurisdiction is not restricted to non-discretionary decisions. Rather, under s. 41 of the Act the Court's jurisdiction is confined only by its own exercise of discretion in determining which decisions of an intermediate appellate court are of sufficient national importance to warrant a grant of leave.

It was stated in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, that while there are many instances in which this Court is justifiably reluctant to intervene in decisions of the courts below, it is incorrect to confuse this attitude of reluctance with lack of jurisdiction. Dickson J. (as he then was) came to his conclusion as to the broad ambit of the Court's jurisdiction after a thorough survey of its history and a consequent appreciation of its expanded role and increased significance since the days when most appeals were as of right and the Supreme Court of Canada was itself an intermediate appellate court. Given this expansion, the broadly phrased statutory language in which the Court's jurisdiction was framed, and the role of the Court as the ultimate appellate tribunal, he concluded that in the absence of any irrefutable indication to the contrary, the Court's jurisdiction should not be restrictively construed. He said at p. 397:

The function of this Court is . . . to settle questions of law of national importance in the interests of promoting uniformity in the application of the law across the country, especially with respect to matters of federal competence. To decline jurisdiction is to renounce the paramount responsibility of an ultimate appellate court with national authority.

d'appel provinciale. En conséquence, dans les situations moins courantes où l'autorisation de pourvoi devant cette Cour n'est pas accordée par une formation de juges de cette Cour, la compétence conférée par la loi exclut les appels visant l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire. D'autre part, l'exception explicite de l'art. 41 à la restriction apportée à l'art. 44 sert à indiquer que lorsque la voie suivie pour arriver à cette Cour est la plus usuelle, *c.-à-d.* lorsque l'autorisation de pourvoi est accordée par cette Cour elle-même, sa compétence n'est pas limitée aux décisions qui ne sont pas de nature discrétionnaire. Plutôt, en vertu de l'art. 41 de la Loi, la compétence de la Cour n'est limitée que par son propre exercice du pouvoir discrétionnaire de déterminer quels arrêts d'une cour d'appel intermédiaire ont suffisamment d'importance nationale pour justifier une autorisation.

Dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, on a dit que même s'il y a de nombreux cas où cette Cour hésite avec raison à intervenir dans les décisions des cours d'instance inférieure, il est erroné d'assimiler cette attitude d'hésitation à une absence de compétence. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) en est venu à cette conclusion quant à l'étendue considérable de la compétence de la Cour après en avoir tracé minutieusement l'histoire et avoir noté l'accroissement de son rôle et l'augmentation de son importance depuis l'époque où presque tous les pourvois étaient de plein droit et où la Cour suprême du Canada était elle-même une cour d'appel intermédiaire. Compte tenu de cet accroissement de son rôle, du caractère général de la formulation des dispositions législatives relatives à la compétence de la Cour et de son rôle comme tribunal d'appel de dernier ressort, il a conclu qu'en l'absence de toute indication irréfutable en sens contraire, il n'y avait pas lieu d'interpréter la compétence de la Cour de façon restrictive. Il dit à la p. 397:

Le rôle de cette Cour est . . . de trancher des questions de droit d'importance nationale dans le but de favoriser l'application uniforme du droit dans tout le pays, spécialement pour ce qui est des sujets de compétence fédérale. Décliner sa compétence équivaut à refuser de remplir la fonction prépondérante d'une cour d'appel de dernier ressort et d'envergure nationale.

This line of reasoning is, of course, all the more pertinent where the issue at stake is one of constitutional law. To quote from the reasons of Pigeon J. in dissent in *Ernewein* at p. 668:

In my view it is important for this Court in the discharge of its general duty of ultimate supervision over the application of the law throughout Canada, to avoid putting any important question of law beyond any possibility of review.

Section 133 of the *Constitution Act, 1867* is a provision of the utmost significance to members of the minority language group in Quebec and elsewhere in Canada. It has an impact not only on the rights of individuals when they confront the judicial branch of the state but also on the status generally of Canada's two official languages. The national importance of such an issue would be hard to gainsay as would also the appropriateness of this issue's being considered in the nation's highest court. Indeed, given the recently expanded role of the Court in constitutional review under the *Constitution Act, 1982*, a broad view of the Court's jurisdiction would seem to be essential. Accordingly, s. 41(1) of the *Supreme Court Act* (and its cognate in s. 31(3) of the *Federal Court Act*), in its conferring of jurisdiction on the Court to review "any final or other judgment" of a court below, must be given a large and liberal interpretation. While the Court should maintain an attitude of deference to the exercise of judicial discretion by intermediate appellate courts, it undoubtedly has the jurisdiction and should not hesitate to interfere with discretionary decisions on those rare occasions when it perceives legal principles of national, and more particularly constitutional, significance to be at stake. To the extent that the Court's earlier decisions in *Ernewein* and *Nicholson* are inconsistent with this view, I would respectfully suggest that they should not be followed.

It is important to note that the right of appeal from the decision of any court on a summary conviction offence, such as the one with which we are concerned on this appeal, is statutory. Like-

Ce genre de raisonnement est bien sûr d'autant plus pertinent lorsque la question en litige est une question de droit constitutionnel. Le juge Pigeon affirme dans les motifs de dissidence qu'il a rédigés dans l'arrêt *Ernewein*, à la p. 668:

À mon avis, il importe que cette Cour dans l'exécution de son devoir général de surveillance en dernier ressort de l'application du droit à travers le Canada, évite de mettre aucune question de droit importante hors de portée de toute révision.

L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est une disposition de la plus haute importance pour ceux qui appartiennent à la minorité linguistique au Québec et ailleurs au Canada. Il a un effet non seulement sur les droits des personnes qui ont affaire au pouvoir judiciaire de l'État, mais aussi sur le statut global des deux langues officielles du Canada. Il serait difficile de nier l'importance nationale de cette question de même que l'à-propos de la soumettre à l'examen de la plus haute cour du pays. De plus, vu l'expansion récente du rôle de la Cour en matière de révision constitutionnelle en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il semblerait essentiel d'interpréter largement la compétence de la Cour. En conséquence, il faut donner une interprétation large et libérale au par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* (et à son pendant, le par. 31(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*), en ce qu'il confère à la Cour compétence pour réviser «tout jugement définitif ou autre» d'une cour d'instance inférieure. Bien que la Cour doive conserver une attitude de respect envers le pouvoir discrétionnaire judiciaire exercé par les cours d'appel intermédiaires, elle a indubitablement compétence pour intervenir dans des décisions discrétionnaires et ne devrait pas hésiter à le faire dans les rares cas où elle juge que des principes de droit d'importance nationale, et plus particulièrement d'importance sur le plan constitutionnel, sont en jeu. Dans la mesure où les arrêts antérieurs *Ernewein* et *Nicholson* de cette Cour sont incompatibles avec ce point de vue, j'estime avec égards qu'ils ne doivent pas être suivis.

Il est important de souligner que le droit d'en appeler de la décision de toute cour relativement à une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, comme celle en l'espèce, est conféré

wise, the corollary power of the appellate court to grant or deny leave as it sees fit: see *R. v. Joseph* (1900), 6 C.C.C. 144 (Que. Q.B.) In the present case the appellant's application for leave to appeal to the Quebec Court of Appeal was brought under s. 108 of the *Summary Convictions Act*, R.S.Q. 1977, c. P-15, which provides:

108. An appeal lies to the Court of Appeal, with leave of that court or of a judge of that court, from any judgment of the Superior Court rendered under the authority of this act, if the party making the application shows a sufficient interest to warrant decision on a question of law only.

It is this statutory provision which establishes and delineates the scope of the Quebec Court of Appeal's power to grant or deny leave to appeal. Once the applicant establishes that he has a sufficient interest in the case and is raising a question of law alone, the court's discretion is triggered and it is unfettered by any statutory restrictions. It is quite evident that the appellant, as an accused person in a summary conviction offence, can meet the first requirement. Moreover, he admits all the facts alleged against him. Accordingly, his constitutional challenge to Quebec's unilingual court summons arises as a question of law alone. While no reasons were given for rejecting the application (it not being the practice to give reasons) it may be safely assumed that the Court was of the view that it had already taken a position on the issue raised by the proposed appeal in rejecting an application for leave to appeal in *Walsh v. Ville de Montréal*, Mtl. C.A., November 10, 1980 (unreported). Montgomery J.A. endorsed the record on the *Walsh* application as follows:

[TRANSLATION] Application dismissed with costs fixed at \$50.00, the whole for the reasons given by Hugessen C.J.

Little would have been achieved therefore by the Quebec Court of Appeal's granting leave in the instant case. It had already adopted the reasons of Hugessen A.C.J. in *Walsh*, *supra*.

par la loi. Il en va de même du pouvoir accessoire de la cour d'appel d'accorder ou de refuser l'autorisation selon qu'elle le juge à-propos: voir *R. v. Joseph* (1900), 6 C.C.C. 144 (B.R. Qué.) En l'espèce, la demande de l'appelant visant à obtenir l'autorisation d'en appeler à la Cour d'appel du Québec a été présentée en vertu de l'art. 108 de la *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q. 1977, chap. P-15, qui est ainsi rédigé:

108. Il peut être interjeté appel à la Cour d'appel, avec la permission de cette cour ou de l'un de ses juges, de tout jugement de la Cour supérieure rendu sous l'autorité de la présente loi, si la partie qui présente la demande démontre un intérêt suffisant à faire décider d'une question de droit seulement.

C'est cette disposition législative qui établit et délimite la portée du pouvoir de la Cour d'appel du Québec d'accorder ou de refuser l'autorisation d'appel. Dès que le demandeur démontre qu'il a un intérêt suffisant dans l'affaire et qu'il soulève une question de droit seulement, le pouvoir discrétionnaire de la cour entre en jeu et il n'est limité par aucune restriction légale. Il est tout à fait évident que l'appelant, comme personne accusée d'avoir commis une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, satisfait à la première condition. De plus, il reconnaît tous les faits invoqués contre lui. En conséquence, sa contestation constitutionnelle de la sommation unilingue de la cour du Québec soulève une question de droit seulement. Bien qu'aucune raison de rejeter la demande n'ait été donnée (les raisons n'étant pas habituellement données), on peut supposer, sans crainte d'erreur, que la cour a estimé qu'elle s'était déjà prononcée sur la question soulevée par l'appel proposé, en rejetant une demande d'autorisation d'appel dans l'arrêt inédit *Walsh c. Ville de Montréal* (C.A. Mtl., 10 novembre 1980). Le juge Montgomery a inscrit au dossier de l'affaire *Walsh* ce qui suit:

Requête rejetée avec dépens fixés à la somme de \$50.00, le tout pour les raisons données par l'Hon. juge en chef Hugessen.

En conséquence, il n'aurait pas été utile que la Cour d'appel du Québec accorde l'autorisation d'appel en l'espèce. Elle avait déjà adopté les motifs exprimés par le juge en chef adjoint Hugessen dans l'affaire *Walsh*, précitée.

It is of some interest to note that the Quebec Court of Appeal, in disposing of the application in *Walsh*, elected to dismiss the application for leave for the reasons given by Hugessen A.C.J. rather than granting the application and dismissing the appeal for the reasons given by the Associate Chief Justice. The latter method of procedure avoids the *Ernewein* problem entirely and is, in my view, to be preferred where in denying leave the Court has in fact considered the substantive issue and it is its decision on the substantive issue which has caused it to dismiss the application.

Given then that McCarthy J.A. acted within the bounds of his discretion in denying leave in this case, the Court is squarely confronted with the tension which unquestionably exists between the *Ernewein* principle and the Court's very broad jurisdiction under the *Supreme Court Act*. Section 41(1) requires the Court to function in an ultimate supervisory capacity with respect to questions of national public importance while *Ernewein* contemplates an attitude of deference toward judicial decisions validly taken by the court below in exercise of a statutory discretion. The broad terms in which the Court's role is expressed in s. 41(1), however, serve to indicate that the principle of deference underlying *Ernewein* should not be seen as requiring the Court to abdicate its supervisory role by denying itself jurisdiction in a case of major constitutional importance such as the one before us. The national significance of the issue must surely displace the deferential posture which would otherwise be appropriate. I would conclude that the tremendous importance of the constitutional issue raised in this case makes the restraint with which such a decision of an intermediate appellate court would normally be approached inappropriate and that the Court is therefore free to consider whether on its merits the Superior Court decision of Meyer J. requires further scrutiny at the appellate level.

Il est intéressant de souligner qu'en statuant sur la demande dans l'affaire *Walsh*, la Cour d'appel du Québec a choisi de rejeter la demande d'autorisation d'appel pour les motifs donnés par le juge en chef adjoint Hugessen plutôt que d'accueillir la demande d'autorisation et de rejeter l'appel pour les mêmes motifs. Cette dernière façon de procéder permet d'éviter complètement le problème de l'arrêt *Ernewein* et est, à mon avis, préférable lorsqu'en refusant la demande d'autorisation la cour a en réalité examiné la question de fond et que c'est sa décision sur la question de fond qui l'a amenée à rejeter la demande en question.

Alors, puisque le juge McCarthy a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire en refusant l'autorisation en l'espèce, la Cour est nettement aux prises avec le conflit qui existe indéniablement entre le principe de l'arrêt *Ernewein* et la compétence très large que lui confère la *Loi sur la Cour suprême*. Le paragraphe 41(1) exige que la Cour exerce la fonction ultime de surveillance à l'égard de questions d'importance nationale, alors que l'arrêt *Ernewein* envisage une attitude de respect pour les décisions judiciaires validement rendues par les cours d'instance inférieure dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. Toutefois, les termes généraux dans lesquels le par. 41(1) décrit le rôle de la Cour servent à indiquer qu'il ne faut pas considérer que le principe du respect sous-jacent à l'arrêt *Ernewein* exige que la Cour renonce à son rôle de surveillance en déclinant compétence dans un cas d'une importance majeure sur le plan constitutionnel, comme celui qui nous est soumis. L'importance nationale de la question en litige doit sûrement écarter l'attitude de respect qu'il conviendrait, par ailleurs, d'adopter. Je suis d'avis de conclure que l'importance énorme de la question constitutionnelle soulevée en l'espèce rend inappropriée la réserve avec laquelle on aborderait normalement une telle décision d'une cour d'appel intermédiaire et que la Cour est en conséquence libre d'examiner si, sur le plan du fond, la décision rendue par le juge Meyer de la Cour supérieure doit être plus amplement examinée en appel.

3. Language Rights Under s. 133

In *Blaikie No. 1, supra*, this Court found that s. 133 of the *Constitution Act, 1867* gave persons involved in proceedings in the courts of Quebec the option to use either French or English in any pleading or process, including oral argument, and that this guarantee could not be modified by unilateral act of either the federal or Quebec Legislature. This line of reasoning was taken one step further in *Blaikie No. 2, supra*, in which the Court held that matters of an essentially judicial character such as rules of court were subject to the s. 133 right "by necessary intendment" and that persons would be deprived of the right if rules and prescribed forms for court proceedings and processes were couched in one language only. Quoting from the judgment of the Court at p. 332:

Rules of practice are not expressly referred to in s. 133 of the *B.N.A. Act*. Given the circumstances described above, they are unlikely to have been overlooked but in our view the draftsmen must have thought that they were subject to the section by necessary intendment.

The point is not so much that rules of practice partake of the legislative nature of the Code of which they are the complement. A more compelling reason is the judicial character of their subject-matter for which s. 133 makes special provision. Rules of practice may regulate not only the proper manner to address the court orally and in writing, but all proceedings, processes, certificates, styles of cause and the form of court records, books, indexes, rolls, registers, each of which may under s. 133, be written in either language. Rules of practice may also prescribe and do prescribe specific forms for proceedings and processes, such for instance as the motion for authorization to institute a class action or a judgment in a class action (*Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec in civil matters*, November 10, 1978, ss. 49 to 56), a proceeding in the Superior Court, a process of the Superior Court. All litigants have the fundamental right to choose either French or English and would be deprived of this freedom of choice should such rules and compulsory forms be couched in one language only.

(Emphasis added.)

3. Les droits linguistiques en vertu de l'art. 133

Dans l'arrêt *Blaikie n° 1*, précité, cette Cour a conclu que l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux personnes engagées dans des procédures devant les tribunaux du Québec le droit d'utiliser l'un ou l'autre du français ou de l'anglais dans tout acte de procédure ou bref, y compris les plaidoiries, et que cette garantie n'est pas susceptible d'être modifiée unilatéralement par l'un ou l'autre du Parlement fédéral ou de la législature du Québec. Ce raisonnement a été poussé plus loin dans l'arrêt *Blaikie n° 2*, précité, où la Cour a statué que les choses de nature essentiellement judiciaire comme les règles de pratique des tribunaux sont, «en toute logique, nécessairement visées» par le droit énoncé à l'art. 133 et que les personnes seraient privées de ce droit si les règles et les formules prescrites d'actes de procédure et de brefs étaient rédigées en une seule langue. La Cour dit, à la p. 332:

L'article 133 de l'*A.A.N.B.* ne mentionne pas expressément les règles de pratique. Vu les circonstances que nous venons de décrire, il est improbable qu'on les ait oubliées; à notre avis, les rédacteurs ont dû penser qu'en toute logique, elles étaient nécessairement visées par l'article.

La question n'est pas tellement que les règles de pratique participent de la nature législative du Code dont elles sont le complément. Une raison plus impérieuse est le caractère judiciaire de leur objet que l'art. 133 vise expressément. Les règles de pratique peuvent réglementer non seulement la bonne façon de s'adresser à la cour oralement et par écrit, mais toutes les procédures, tous les brefs, certificats et intitulés, ainsi que la forme des archives, livres, index, rôles et registres de la cour, qui peuvent tous, en vertu de l'art. 133, être tenus dans l'une ou l'autre langue. Les règles de pratique peuvent également prescrire, et prescrivent effectivement, des formules précises d'actes de procédure et de brefs, par exemple la requête pour autorisation d'exercer le recours collectif ou un jugement dans un recours collectif (*Règles de pratique de la Cour supérieure de la province de Québec en matière civile*, le 10 novembre 1978, art. 49 à 56), une procédure en Cour supérieure, un bref de la Cour supérieure. Tous les plaideurs ont le droit fondamental de choisir le français ou l'anglais et seraient privés de cette liberté de choix si ces règles et formules obligatoires étaient rédigées en une seule langue.

(C'est moi qui souligne.)

The first submission made by the appellant and by the intervenors on his behalf is that it takes no great conceptual leap (if, indeed, it takes any) to accept that items such as a summons commanding a person to appear in court fall into the category discussed in *Blaikie No. 2*. I agree with the appellant on this issue. There can be no doubt about the “judicial character” of a summons. Indeed, it would be hard to envisage a more “judicial” document than a command or citation issuing from a court requiring the recipient to attend before it. It is, in my view, a “process” of the Court within the meaning of the phrase employed in s. 133 “... or in any Pleading or Process ... issuing from ... any of the Courts of Quebec”. Indeed, in *Jowitt’s Dictionary of English Law* (2nd ed. by John Burke, 1977, vol. 2) the following definition of “process” is advanced:

Process, the proceedings in any action or prosecution, real or personal, civil or criminal, from the beginning to the end; strictly, the summons by which one is cited into a court, because it is the beginning or principal part thereof, by which the rest is directed.

(Emphasis added.)

It is the further submission of the appellant that a right conferred by law on an individual entails a correlative obligation on the part of the state and that his or her right would be illusory if the state were not obliged to respect it. I pause to comment that such a proposition is not novel. Indeed, it would seem to be a basic proposition of administrative law where, for example, an individual’s right to a just decision has in many contexts been held to impose a duty on the administrator to provide some type of hearing: see *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. Similarly in the realm of constitutional law the right of an individual to be free from any unreasonable search and seizure has been treated as imposing an affirmative obligation on the part of the state to require that the police obtain a search warrant

Le premier argument soumis par l’appellant et par les intervenants qui soutiennent son point de vue est que, sur le plan conceptuel, il n’y a qu’un pas à franchir (à supposer que cela soit vraiment nécessaire) pour accepter l’idée que des pièces comme les sommations qui enjoignent à quelqu’un de comparaître en cour tombent dans la catégorie examinée dans l’arrêt *Blaikie n° 2*. Je partage l’avis de l’appellant sur ce point. Il ne peut y avoir de doute quant à la «nature judiciaire» d’une sommation. En réalité, il serait difficile d’imaginer un document plus «judiciaire» qu’un ordre ou une citation émanant d’un tribunal et enjoignant à son destinataire de se présenter en cour. C’est, à mon avis, une «pièce de procédure» de la cour au sens de l’expression utilisée à l’art. 133 «... dans toute plaidoirie ou pièce de procédure ... émanant de ... tribunaux du Québec». En fait, le *Jowitt’s Dictionary of English Law* (2nd ed. by John Burke, 1977, vol. 2) propose la définition suivante du mot *process* («pièces de procédure»):

[TRADUCTION] **Pièces de procédure**, les actes de procédure dans toute action, poursuite, réelle ou personnelle, civile ou criminelle, du début à la fin; au sens strict, la sommation par laquelle une personne est citée en justice, parce que c’en est le début ou la partie essentielle, dont la suite dépend.

(C’est moi qui souligne.)

L’appellant soutient en outre qu’un droit que la loi confère à une personne comporte une obligation correspondante de la part de l’État et que le droit de cette personne serait illusoire si l’État n’était pas tenu de le respecter. J’ajouterai en passant qu’il ne s’agit pas d’une proposition nouvelle. En réalité, cela semblerait être un principe fondamental de droit administratif en vertu duquel, par exemple, on a conclu dans bien des cas que le droit d’un individu à une décision juste impose à l’administrateur l’obligation d’accorder un certain genre d’audition: voir *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. De même, dans le domaine du droit constitutionnel, on a considéré que le droit d’une personne à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives comporte, pour l’État, l’obligation impérieuse d’exiger que les

where they have reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. The appellant argues by analogy that s. 133 having been held to entitle the litigant to use his or her own language in judicial proceedings, it must also require the state to use that language in official court documents directed to him or her. To assess the merits of this submission it is necessary to take a closer look at what is meant by a "right" in law.

4. The Nature of Legal "Rights"

I agree with those legal philosophers who say that the word "right" is chameleon-like, that it is used in different senses in different contexts and that, strictly speaking, it has no counterpart in the world of fact. Hohfeld in particular emphasized the importance of "differentiating purely legal relations from the physical and mental facts that call such relations into being": see W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (1923), at p. 27. H. L. A. Hart considered it futile even to ask the question what is a right? Such a question permitted of no useful answer because it was the wrong question: see H. L. A. Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence" (1954), 70 *L.Q.R.* 37, at p. 48. He agreed with Hohfeld that it is only when the abstract term is tied into a factual situation that it has any meaning at all.

Austin was one of the early legal theorists who sought to break a right down into its constituent elements: see *Austin on Jurisprudence* (5th ed. by R. Campbell, 1885), vol. 1. He wrote at p. 284:

To every legal right, there are three several parties: namely, a party bearing the right; a party burthened with the relative duty; and a sovereign government setting the law through which the right and the duty are respectively conferred and imposed. A sovereign government cannot acquire rights through laws set by itself to its own subjects. A man is no more able to confer a right on himself, than he is able to impose on himself a law or duty. Every party bearing a right (divine, legal, or moral) has necessarily acquired the right through the might or power of another: that is to say, through a law

policiers obtiennent un mandat de perquisition lorsqu'ils ont des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. L'appelant soutient, par analogie, que puisqu'on a conclu que l'art. 133 accorde au justiciable le droit d'utiliser sa propre langue dans les procédures judiciaires, il doit également exiger que l'État utilise cette langue dans les documents judiciaires officiels qu'il lui adresse. Pour évaluer le bien-fondé de cet argument, il est nécessaire d'analyser de plus près ce que signifie un «droit» en droit.

4. La nature des «droits» conférés par la loi

Je suis d'accord avec les philosophes du droit qui disent que le mot «droit» est ambigu, c.-à-d. qu'il est utilisé dans des sens différents selon différents contextes et qu'à vrai dire il n'a pas de pendant dans le domaine des faits. Hohfeld, en particulier, a insisté sur l'importance de [TRADUCTION] «différencier les rapports purement juridiques des faits qui, sur les plans concret et abstrait, donnent naissance à ces rapports»: voir W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (1923), à la p. 27. H. L. A. Hart considère même futile de se demander ce qu'est un droit; une telle question n'apporte aucune réponse utile parce que c'est la mauvaise question: voir H. L. A. Hart, «Definition and Theory in Jurisprudence» (1954), 70 *L.Q.R.* 37, à la p. 48. Il est d'accord avec Hohfeld pour dire que ce n'est que lorsque ce terme abstrait est rattaché à une situation concrète qu'il a un sens quelconque.

Austin compte parmi les premiers théoriciens du droit qui ont cherché à décomposer un droit en ses éléments constitutifs: voir *Austin on Jurisprudence* (5th ed. by R. Campbell, 1885), vol. 1. Il écrit, à la p. 284:

[TRADUCTION] Pour chaque droit conféré par la loi, il y a trois parties distinctes: une partie titulaire du droit, une partie chargée d'une obligation relative et un gouvernement souverain qui établit la loi en vertu de laquelle le droit est accordé et l'obligation imposée. Un gouvernement souverain ne peut acquérir des droits au moyen des lois qu'il impose lui-même à ses propres sujets. Une personne n'est pas plus en mesure de se conférer elle-même un droit qu'elle est en mesure de s'imposer une loi ou une obligation. Toute partie titulaire d'un droit (divin, légal ou moral) a nécessairement

and a duty (proper or improper) laid by that other party on a further and distinct party.

And at p. 347:

A relative obligation is incumbent upon one party, and correlates with a right residing in another party. Changing the expression, A relative obligation corresponds or answers to a right, or implies, and is implied by, a Right. Where an obligation is absolute, there is no right with which it correlates. There is no right to which it corresponds or answers. It neither implies, nor is implied by a right. Here, as elsewhere, the term 'absolute' is a negative or privative expression. Here, as elsewhere, it denotes the *absence* of an object to which the speaker or writer expressly or tacitly refers.

But, in order to the complete explanation of a negative or privative expression, we must first explain the object of which it denotes the absence. Consequently, I shall begin with rights, and with the obligations which are implied by rights; and I shall then proceed to the obligations which have *no* corresponding rights, or which (in a word) are *absolute*.

Austin distinguished "rights" from "liberties". Rights arose by virtue of a correlative duty on someone else. "Liberties" involved no such correlative duty; they were simply the absence of legal restraint, a condition of legal non-restraint of one's natural freedom of action. However, as Stone points out (Julius Stone, *The Province and Function of Law* (1946)) Austin was unsure of the validity of this distinction. Austin writes, *op. cit.*, at p. 356:

Liberty and Right are synonymous; since the liberty of acting according to one's will would be altogether illusory if it were not protected from obstruction. There is however this difference between the terms. In Liberty, the prominent or leading idea is, the absence of legal restraint: whilst the security or protection for the enjoyment of that liberty is the secondary idea. Right, on the other hand, denotes the protection and connotes the absence of Restraint.

If the protection afforded by the law be considered as afforded against private persons, the word Right is commonly employed. If against the Government, or rather against some member of the Government, Liberty is more frequently used; *e.g.* the Liberties of English-

acquis ce droit par la puissance d'autrui: c.-à-d. en vertu d'une loi et d'un devoir (appropriés ou non) imposés par cette autre partie à une tierce partie distincte.

^a Puis à la p. 347:

[TRADUCTION] Une obligation relative incombe à une partie et correspond à un droit dont est investie une autre partie. Autrement dit, une obligation relative correspond ou répond à un droit, implique un droit ou découle d'un droit. Lorsqu'une obligation est absolue, il n'y a pas de droit qui y correspond. Il n'y a pas de droit auquel elle correspond ou répond. Elle n'implique pas de droit et ne découle pas d'un droit. Ici, comme ailleurs, le terme «absolu» est une expression négative ou privative. Ici, comme ailleurs, il dénote l'*absence* d'un objet auquel l'interlocuteur ou l'auteur se réfère de façon explicite ou implicite.

^d Mais, dans le but d'obtenir une explication complète d'une expression négative ou privative, il faut d'abord expliquer l'objet dont elle dénote l'absence. En conséquence, je commencerai par les droits et par les obligations qui découlent des droits; j'aborderai ensuite les obligations qui ne correspondent à *aucun* droit ou qui, en un mot, sont *absolues*.

^e Austin distingue les «droits» des «libertés». Les droits découlent d'une obligation correlative qui incombe à quelqu'un d'autre. Les «libertés» ne comportent aucune obligation correlative de cette nature, elles constituent simplement l'absence de contrainte légale, un état d'absence de contrainte légale à l'égard de la liberté naturelle d'action. Cependant, comme le souligne Stone (Julius Stone, *The Province and Function of Law* (1946)), Austin n'était pas certain de la validité de cette distinction. Austin écrit dans l'ouvrage précité, à la p. 356:

^h [TRADUCTION] Liberté et droit sont synonymes puisque la liberté de quelqu'un d'agir selon sa volonté serait tout à fait illusoire si elle n'était pas protégée contre toute entrave. Il y a cependant la différence suivante entre les mots. Dans liberté, l'idée dominante ou principale est l'absence de contrainte légale alors que la garantie ou la protection de la jouissance de cette liberté est l'idée secondaire. Droit, d'autre part, dénote la protection et connote l'absence de contrainte.

^j Si la protection accordée par la loi est considérée comme accordée contre des particuliers, le mot droit est généralement employé. Si c'est contre le gouvernement, ou plutôt contre quelque membre du gouvernement, on utilise plus fréquemment le mot liberté; par ex. les

men. Liberty and Right are not however always coextensive, since the security for the enjoyment of the former may in part be left to the moral and religious sanctions.

Stone states, *op. cit.*, at p. 118:

Austin himself indeed seemed on occasion to distinguish between "a right" in the strict sense, and "a liberty", the former implying a corresponding duty on the part of another, as a right to a debt, or to performance of a contract; the latter implying no such duty, as "a liberty" to walk upon your neighbour's land with his gratuitous license, or to whistle while passing his house along the highway. Austin saw the distinguishing mark of a liberty in the mere absence of legal restraint. But he seems finally to have abandoned the distinction and the use of the term "liberty" except for literary variation, on the ground that a liberty without such a protective duty in others was of no legal significance; while contrarily if there were such a duty, then the "liberty" was better included under the conception of a right.

Hohfeld built upon Austin's analysis of rights and, adopting Hegel's theory of needs and reciprocal obligations as the constituent elements of a civil society (see G. W. Hegel, *Philosophy of Right* (trans. Knox, 1942)), developed an analytic framework breaking down the general term "right" into a number of specific "situations and relationships". He called these "jural correlatives". One such correlative was right/duty. Hohfeld, however, saw duty as the basic concept and rights as derivative therefrom rather than the other way round. Two distinct schools of thought emerged from this debate as to whether duty preceded right or vice versa but little seems to hinge on this from the point of view of these reasons. The significant concept is right/duty as a jural correlative.

Salmond on Jurisprudence (11th ed. by Glanville Williams, 1957), seems to have agreed that rights and duties are correlative when dealing with legal rights *stricto sensu*, but when the word

libertés anglaises. Liberté et droit n'ont pas toujours la même portée, puisque la garantie de jouissance de la première peut en partie relever de sanctions morales ou religieuses.

^a Stone dit, dans l'ouvrage précité, à la p. 118:

[TRADUCTION] En réalité, Austin lui-même a semblé parfois faire la distinction entre «un droit» au sens strict et «une liberté», le premier comportant une obligation correspondante de la part d'une autre personne, comme le droit à une créance ou à l'exécution d'un contrat, la seconde ne comportant pas cette obligation comme la «liberté» de passer sur la propriété de son voisin avec sa permission gracieuse, ou de siffler en passant devant chez lui sur la route. Austin voit le caractère distinctif d'une liberté dans la simple absence de contrainte légale. Il semble cependant avoir fini par abandonner cette distinction et avoir cessé d'utiliser le terme «liberté», sauf à des fins de variation littéraire, pour le motif qu'une liberté sans que cette obligation protectrice ne soit imposée à autrui n'a pas de valeur juridique, tandis qu'au contraire s'il y a une telle obligation, alors, «liberté» correspond davantage à la notion d'un droit.

Hohfeld est parti de l'analyse des droits faite par Austin et, adoptant la théorie d'Hegel sur les nécessités et les obligations réciproques comme éléments constitutifs de la société civile (voir G. W. Hegel, *Principes de la philosophie du droit* (trad. par Kann, 1940)), il a conçu un système d'analyse dans lequel il décompose le terme général «droit» en un nombre précis de «situations et de rapports». Il désigne celles-ci sous l'appellation de [TRADUCTION] «correspondances juridiques». Une de ces correspondances est le rapport droit/obligation. Hohfeld a cependant considéré l'obligation comme le concept fondamental et les droits comme des dérivés de celle-ci plutôt que l'inverse. Deux écoles de pensée distinctes sont sorties du débat sur la question de savoir si l'obligation précède le droit ou vice versa, mais cela semble avoir peu d'incidence sur les présents motifs. Le concept important est le rapport droit/obligation comme correspondance juridique.

Dans *Salmond on Jurisprudence* (11th ed. by Glanville Williams, 1957), semble être d'accord pour dire que les droits et les obligations sont corrélatifs lorsqu'il s'agit de droits légaux au sens strict, mais lorsque le mot «droits» est employé de façon moins stricte, il n'est pas nécessaire que des

“rights” is used more loosely than duties need not correspond to such rights. He says at p. 271:

Just as my legal rights (in the strict sense) are the benefits which I derive from legal duties imposed upon other persons, so my legal liberties (sometimes called licences or privileges) are the benefits which I derive from the absence of legal duties imposed upon myself. They are the various forms assumed by the interest which I have in doing as I please. They are the things which I may do without being prevented by the law. The sphere of my legal liberty is that sphere of activity within which the law is content to leave me alone. It is clear that the term right is often used in a wide sense to include such liberty. I have a right (that is to say, I am at liberty) to do as I please with my own; but I have no right and am not at liberty to interfere with what is another's. I have a right to express my opinions on public affairs, but I have no right to publish a defamatory or seditious libel. I have a right to defend myself against violence, but I have no right to take revenge upon him who has injured me.

The interests of unrestrained activity thus recognised and allowed by the law constitute a class of legal rights clearly distinguishable from those which we have already considered. Rights of the one class are concerned with those things which other persons ought to do for me; rights of the other class are concerned with those things which I may do for myself. The former pertain to the sphere of obligation or compulsion; the latter to that of liberty or free will. Both are legally recognised interests; both are advantages derived from the law by the subjects of the state; but they are two distinct species of one genus.

(Emphasis added.)

Salmond commented on the ongoing debate as to whether or not rights and duties were necessarily correlative. He said (at pp. 264-65):

The question has been debated whether rights and duties are necessarily correlative. According to one view, there can be no right without a corresponding duty, or duty without a corresponding right, any more than there can be a husband without a wife, or a father without a child. For, on this view, every duty must be a duty towards some person or persons, in whom therefore, a correlative right is vested. And conversely every right must be a right against some person or persons, upon whom, therefore, a correlative duty is imposed. Every right or duty involves a *vinculum juris* or bond of legal

obligations correspondent à ces droits. Il dit à la p. 271:

[TRADUCTION] Tout comme les droits (au sens strict) que me reconnaît la loi sont des avantages que je tire de l'absence d'obligation légale de ma part. Ce sont différentes formes que prend la faculté que j'ai d'agir à ma guise. Ce sont les choses que la loi ne m'interdit pas de faire. Le domaine de mes libertés juridiques est la sphère d'activité que le droit ne se soucie pas de régler. Il est clair que le terme droit est souvent utilisé dans un sens large qui inclut ces libertés. J'ai le droit (c.-à-d. je suis libre) de faire ce qui me plaît de ce qui m'appartient; mais je n'ai ni le droit ni la liberté de porter atteinte à ce qui appartient à autrui. J'ai le droit d'exprimer mes opinions sur les affaires publiques, mais je n'ai pas le droit de publier un document diffamatoire ou séditieux. J'ai le droit de me défendre contre la violence, mais je n'ai pas le droit de me venger de celui qui m'a fait du tort.

La faculté d'agir sans contrainte ainsi reconnue et permise par la loi constitue une catégorie de droits stricts qui se distinguent clairement de ceux dont nous avons déjà parlé. Les droits d'une catégorie visent les choses que d'autres personnes doivent faire pour moi; les droits de l'autre catégorie visent les choses que je puis faire pour moi-même. Les premiers ont trait au domaine des obligations ou contraintes, les derniers à celui des libertés ou du libre arbitre. Les deux sont des facultés légalement reconnues; les deux sont des bénéfices que les citoyens tirent de la loi, mais ce sont deux espèces distinctes qui appartiennent à un même genre.

(C'est moi qui souligne.)

Salmond a formulé des observations au sujet de la question non résolue de savoir si les droits et obligations sont nécessairement corrélatifs. Il dit aux pp. 264 et 265:

[TRADUCTION] Il y a eu débat sur la question de savoir si les droits et les obligations sont nécessairement corrélatifs. Selon un point de vue, il ne peut y avoir de droit sans obligation correspondante, ni obligation sans droit correspondant, pas plus qu'il ne peut y avoir de mari sans femme ou de père sans enfant. Selon cet avis, toute obligation est forcément une obligation envers quelqu'un qui, en conséquence, a un droit corrélatif. Inversement, tout droit est forcément un droit à l'encontre de quelqu'un qui, en conséquence a une obligation corrélatif. Tout droit ou toute obligation comporte un

obligation, by which two or more persons are bound together. There can therefore be no duty unless there is some one to whom it is due; there can be no right unless there is some one from whom it is claimed; and there can be no wrong unless there is some one who is wronged, that is to say, whose right has been violated.

The opposite school distinguishes between *relative* and *absolute* duties, the former being those which have rights corresponding to them, and the latter being those which have none. This school conceives it to be of the essence of a right that it should be vested in some determinate person, and be enforceable by some form of legal process instituted by him. On this view, duties towards the public at large or towards indeterminate portions of the public have no correlative rights; the duty, for example, to refrain from committing a public nuisance.

The dispute seems to be a typical example of a verbal controversy, which like every other verbal controversy is devoid of practical consequences. We may consider as a test case the situation where trustees hold property on trust for "religious purposes". This is a good charitable trust, even though there is no ascertained beneficiary; and the trustees are under a duty not to use the property for any but religious purposes. To whom, then, is the duty owed? If owed to anybody it must be owed to the public at large, or to some indeterminate portion of the public, or to the state, or to the Crown as representing the state. But it makes no difference whether we say that the duty is owed in one of these ways or not owed to anyone. The law in any event is clear, namely that the duty is enforced by the Attorney-General in his official capacity as a servant of the Crown.

In the late 1950's a number of Canadian theorists were prompted to consider the essential nature of rights in response to the proposed *Canadian Bill of Rights*. Their views found their way into the reports of the McRuer *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, 1968. An article by W. R. Lederman, "The Nature and Problems of a Bill of Rights" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 4, is of particular interest. Lederman agrees that the basic concept in the right/duty relationship is that of duty. He says at pp. 5-6:

vinculum juris ou lien juridique qui lie deux ou plusieurs personnes entre elles. Il ne peut en conséquence y avoir d'obligation qui ne soit due à quelqu'un; il ne peut y avoir de droit s'il n'y a personne contre qui on peut le faire valoir; et il ne peut y avoir de préjudice à moins que quelqu'un ne l'ait subi, c.-à-d. qu'il n'y ait eu violation de son droit.

L'autre école fait la distinction entre les obligations *relatives* et les obligations *absolues*, les premières étant celles auxquelles correspondent des droits et les secondes celles auxquelles ne correspond aucun droit. Cette école considère qu'il est de l'essence d'un droit qu'il appartienne à une personne déterminée et qu'il soit exécutoire par quelque forme de procédures judiciaires entamées par elle. Selon ce point de vue, les obligations envers le public en général ou envers une partie indéterminée du public n'ont pas de droits corrélatifs; l'obligation, par exemple, de s'abstenir de commettre une nuisance publique.

La controverse semble être un exemple typique de chicane de mots qui, comme toute autre chicane de mots, est sans conséquences pratiques. Nous pouvons considérer comme un exemple caractéristique le cas où des fiduciaires détiennent des biens en fiducie à des «fins religieuses». Il s'agit d'une fiducie valable à des fins charitables, même s'il n'y a pas de bénéficiaire désigné; et les fiduciaires ont une obligation de n'utiliser les biens qu'à des fins religieuses. Qui alors est bénéficiaire de l'obligation? S'il y a quelque bénéficiaire, ce doit être le public en général, une partie indéterminée du public, l'État ou encore Sa Majesté à titre de représentante de l'État. Mais cela ne fait pas de différence qu'on dise que l'obligation bénéficie à quelqu'un de l'une ou l'autre de ces façons ou qu'elle ne bénéficie à personne. De toute façon, la loi est claire en ce sens que l'obligation est mise à exécution par le procureur général en sa qualité officielle de préposé de Sa Majesté.

À la fin des années cinquante, un certain nombre d'auteurs canadiens ont été amenés à étudier l'essence des droits suite à la *Déclaration canadienne des droits* proposée. Leurs avis ont été incorporés au rapport de la Commission McRuer appelée *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, 1968. L'article de W. R. Lederman, «The Nature and Problems of a Bill of Rights» (1959), 37 *R. du B. can.* 4, est particulièrement intéressant. Monsieur Lederman convient que la notion fondamentale dans le rapport droit/obligation est celle d'obligation. Il dit aux pp. 5 et 6:

The basic jural conception, as Kelsen emphasizes, is that of duty—of a bond of legal obligation subsisting between two persons. A is bound by contract to pay B one hundred dollars—here we have a single bond of specific obligation subsisting between two designated persons which, looked at from A's point of view is a duty, and looked at from B's point of view is a right. The thing to notice for present purposes is how specific this legal relationship is both respecting the persons concerned and what the one is to do for the other. Of course the specific conduct in a right-duty relationship may be and often is negative rather than positive. When this is so oftentimes we find many persons on the duty side of the equation. For example, this is the basis of the conception of property in the law—A is the owner and occupier of Blackacre, which means that all other persons are under a duty to refrain from making entry on Blackacre except as A permits. Here we see that the holder of the right and the forbidden conduct are both definite and specific. And on the duty side of this picture all comers are affected by present obligation or duty, and this too is definite and specific. Also, much of the criminal law consists of closely defined prohibitions (negative duties) addressed to all comers. Strictly speaking, it is to these relationships of presently subsisting specific obligation that the use of the words duty and right ought to be confined.

Lederman, too, contrasts "rights" and "liberties" or "freedoms". He says at p. 7:

The concept of liberties or freedoms in a duly precise scheme of legal terminology is the concept of residual areas of option and opportunity for human activity *free of specific legal regulation*. In such areas of conduct there are neither affirmative legal prescriptions nor legal prohibitions—a man is at liberty to act or do nothing as he chooses, free of obligatory instruction by the law either way.

Bowker, in his article "Basic Rights and Freedoms: What are they?" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 43, also distinguishes between rights and freedoms. He says at p. 43:

In speaking of basic rights and freedoms we think of the individual in relation to the state. He may claim that the state should leave him alone and not interfere with him in certain activities—he demands liberty or freedom. Again he may claim the assistance of the state in obtaining for him fair treatment from a branch of government or from an individual. He insists on the state securing to him his "rights".

[TRADUCTION] Le concept juridique fondamental est, comme le souligne Kelsen, celui d'obligation—celui d'un lien juridique qui existe entre deux personnes. A est obligé par contrat de payer cent dollars à B—il y a ici un lien unique relatif à une obligation précise qui existe entre deux personnes spécifiées et qui, du point de vue de A, est une obligation et, du point de vue de B, est un droit. La chose à remarquer pour l'instant est la mesure dans laquelle ce lien juridique est spécifique à l'égard des personnes concernées et ce que l'une doit faire pour l'autre. Évidemment, la conduite spécifique que vise le rapport droit-obligation peut être et est souvent négative plutôt que positive. Lorsque cela se produit, il arrive souvent que l'aspect obligation de cette équation vise un grand nombre de personnes. Par exemple, et c'est là le fondement de la notion du droit de propriété—A occupe un bien-fonds dont il est propriétaire, ce qui signifie que toutes les autres personnes ont l'obligation de s'abstenir d'entrer sur sa propriété sauf si A le permet. Ici, nous constatons que le titulaire du droit et la conduite interdite sont tous les deux déterminés et précis. Pour ce qui est de l'aspect obligation de cette situation, tous sont touchés par cette obligation. Et cela aussi est précis et déterminé. De même, une grande partie du droit criminel consiste en interdictions précisément définies (obligations négatives) qui s'adressent à tous. De façon stricte, c'est à ces rapports d'obligation précise et actuelle qu'il faut restreindre l'utilisation des mots obligation et droit.

Lederman lui aussi oppose «droits» et «libertés». Il dit à la p. 7:

[TRADUCTION] Dans un système précis de terminologie juridique, le concept de liberté correspond à celui de domaines résiduels de choix d'activité humaine, qui sont *exempts de toute réglementation juridique précise*. Dans ces domaines, il n'y a ni prescription légale positive ni interdiction légale—une personne est libre d'agir ou de ne pas agir, à son gré, libre de consigne obligatoire positive ou négative de la loi.

Dans son article intitulé «Basic Rights and Freedoms: What are they?» (1959), 37 *R. du B. can.* 43, Bowker fait également la distinction entre les droits et les libertés. Il dit à la p. 43:

[TRADUCTION] En parlant des droits et libertés fondamentaux, nous avons à l'esprit la personne par rapport à l'État. Elle peut exiger que l'État la laisse tranquille et n'intervienne pas dans certaines de ses activités—elle exige la liberté. De même, elle peut demander l'aide de l'État en vue d'obtenir un traitement juste de la part d'une instance gouvernementale ou d'un particulier. Elle exige que l'État lui garantisse ses «droits».

It seems to me then that there is substantial support in legal theory for the appellant's submission that right and duty are correlative terms and I would accept that if s. 133 confers a right on a litigant to use his or her own language in court (which appears to be accepted in *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, and in both *Blaikies*), then there is a correlative duty on the state to respect and accommodate that right.

It is argued, however, that no such correlative duty can be imposed on the state under s. 133 because of the antithetical use of the words may/either and shall/both in the section. It is pointed out that shall/both is used in relation to the language of the records and journals of the legislatures of Canada and Quebec and in relation to the language in which the statutes of Canada and Quebec are printed and published. They must be in both languages. But may/either is used in relation to the language of the debates in both Houses and in relation to the language of the courts in both jurisdictions. These may be in either language. It is submitted that had the legislators intended to compel a particular language to be used in the courts in any given situation it would not have used may/either; it would have used shall/both. How valid is this submission?

In my opinion, it has no validity because it fails to take account of the "subject" of the provision, *i.e.*, the person to whom the different parts of the section are addressed. Two parts are addressed to the state and two parts to the citizen. The parts addressed to the state are mandatory; they impose an obligation on the state; you must keep bilingual records and journals of both Houses and you must print and publish your statutes in both languages. Clearly this is mandatory on the state so that the citizens speaking either language can understand them. The parts addressed to the citizen, on the other hand, confer rights on the citizen; you may use your own language, English or French, in parliamentary debates and in court proceedings.

Il me semble donc que la théorie juridique confirme amplement la prétention de l'appelant que «droit» et «obligation» sont des termes corrélatifs et je suis prête à accepter que si l'art. 133 accorde à un justiciable le droit d'utiliser sa propre langue devant les tribunaux (ce qui semble accepté dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, et dans les deux arrêts *Blaikie*), l'État a alors l'obligation correspondante de respecter ce droit et d'y donner suite.

On a toutefois soutenu qu'aucune obligation correspondante semblable ne peut être imposée à l'État en vertu de l'art. 133 à cause de l'emploi antithétique des expressions facultatif/pourra et obligatoire/devront dans l'article. On souligne que le terme «obligatoire» est utilisé à l'égard de la langue des registres, procès-verbaux et journaux du Parlement du Canada et de la législature du Québec et le terme «devront», à l'égard de la langue d'impression et de publication des lois du Parlement du Canada et de la législature du Québec. Ils doivent être dans les deux langues. Mais le terme «facultatif» est utilisé à l'égard de la langue des débats dans les deux chambres et l'expression «pourra», à l'égard de la langue des tribunaux dans ces deux ressorts. Il peut y être fait usage de l'une ou l'autre langue. On soutient que si le législateur avait voulu imposer aux tribunaux l'utilisation d'une langue en particulier dans une situation précise, il aurait utilisé non pas l'expression «pourra», mais plutôt le terme «devra». Quelle est la valeur de cette prétention?

À mon avis, elle est sans valeur parce qu'elle ne tient pas compte du «sujet» de la disposition c.-à-d. la personne à qui les différentes parties de l'article s'adressent. Deux parties s'adressent à l'État et deux parties s'adressent aux citoyens. Les parties qui s'adressent à l'État sont obligatoires; elles imposent une obligation à l'État; il doit tenir les registres, procès-verbaux et journaux des deux chambres dans les deux langues et il doit imprimer et publier ses lois dans les deux langues. Cela est manifestement obligatoire pour l'État de sorte que les citoyens qui parlent l'une ou l'autre langue puissent les comprendre. Les parties qui s'adressent aux citoyens, d'autre part, leur confèrent des droits; ils peuvent utiliser leur propre langue, l'an-

The purpose again is to facilitate understanding by the citizen regardless of language. It would be quite inappropriate to use both/shall in conferring rights although perfectly appropriate in imposing obligations. The intention of the legislators was clearly to present the citizen with an option with respect to language in debates and in the courts. Had the legislators intended to require totally bilingual proceedings in the courts it would have aimed the directive at the state (as in the case of records and journals and legislation) and used shall/both. It did not do so. It validated the use of either language and gave the litigant the option. Similarly, with respect to the debates in both Houses it wished to provide an option to the speaker as opposed to giving a directive to the state that both must be used. I do not believe that the use of may/either in relation to the use of language in the courts was intended to provide an option to the state. It was, in my view, intended to provide an option to the citizen. But the provision of that option to the citizen has implications for the state which I have described as its correlative duty.

As is pointed out in Coode, *On Legislative Expression* (2nd ed. 1852), referred to with approval in Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), the legislature sometimes proceeds by conferring a right, leaving the correlative duty unexpressed but implied and sometimes it proceeds by imposing an obligation, leaving the correlative right unexpressed but implied. It seldom does both. Quoting from pp. 8-9:

A law, then, can operate in two ways: it can confer the Right, Privilege, or Power directly, and it can impose the corresponding Obligation directly. It is rarely, however, that both are done in the same law. Either the Right, or Privilege, or Power, is created,—as that A. may enjoy the Rights of a natural born subject, or may marry again; that B. shall have the Privilege of trading exclusively to the East Indies, or of measuring all the cloth brought to a certain market, taking a fee for it; or that C. shall have the Power, in a certain case, to imprison another; and the corresponding Obligations are

glais ou le français, dans les débats parlementaires et dans les plaidoiries et pièces de procédure devant les tribunaux. Le but visé est encore une fois de faciliter la compréhension des citoyens quelle que soit leur langue. Il ne conviendrait absolument pas d'employer les expressions obligatoire/devront pour conférer des droits, bien que ce soit tout à fait approprié pour imposer des obligations. L'intention du législateur était manifestement d'accorder aux citoyens le droit d'utiliser la langue de leur choix dans les débats et devant les tribunaux. Si le législateur avait voulu prescrire des procédures judiciaires entièrement bilingues, il aurait adressé la directive à l'État (comme pour les registres, les procès-verbaux, les journaux et les lois) et il aurait utilisé le terme «devra». Il ne l'a pas fait. Il a rendu valide l'usage de l'une ou l'autre langue en laissant le choix au justiciable. De même, à l'égard des débats dans les deux chambres, il a voulu donner le choix à l'orateur plutôt que de donner à l'État une directive enjoignant d'utiliser les deux langues. Je ne crois pas que l'emploi du terme «pourra» à l'égard de l'emploi de la langue devant les tribunaux ait eu pour but de donner le choix à l'État. Il visait, à mon avis, à donner le choix au citoyen. Mais l'attribution de ce choix au citoyen a, pour l'État, des conséquences que j'ai décrites comme étant son obligation correspondante.

Comme le souligne Coode dans *On Legislative Expression* (2nd ed. 1852), ce qui est approuvé par Driedger dans *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), le législateur procède parfois en conférant un droit et laisse implicite l'obligation correspondante, alors que parfois il procède en imposant une obligation et en laissant implicite le droit correspondant. Il fait rarement les deux. Il dit aux pp. 8 et 9:

[TRADUCTION] Une loi peut donc s'appliquer de deux façons: elle peut conférer un droit, un privilège ou un pouvoir directement et elle peut imposer l'obligation correspondante directement. Il est cependant rare que l'un et l'autre soient faits dans la même loi. Le droit, le privilège ou le pouvoir est soit créé—par exemple, A peut jouir des droits d'un sujet de naissance ou il peut se remarier; B aura le privilège exclusif de faire le commerce avec les Indes ou de mesurer tout le drap apporté sur un marché particulier, moyennant un honoraire; ou encore C aura le pouvoir, dans certaines circonstances,

implied, that is, they are left to result from the declaration of the Right, Privilege, or Power: or more ordinarily the Obligation is alone expressed, and the resulting Right, Privilege, or Power is left to be enjoyed through the practical operation of the Obligation.

It seems to me that in s. 133 we have an excellent illustration of Coode's point. In relation to the records and journals and the legislation of both jurisdictions the obligation is imposed and it is directed to the state. The right of the citizen is implied. In the case of the debates and language in the courts the right is conferred and it is directed to the citizen; the obligation on the state is implied.

The real difficulty presented by this case is, in my view, not to determine whether or not there is an obligation on the state by virtue of the right conferred on the citizen—I think there clearly is—but what the content of that obligation is. Does it require the entire proceedings to be conducted in the language of the litigant? Or can the language right be accommodated through the use of translation? Does the content of the duty differ depending on whether the proceedings are penal, with the state as adversary, or civil, with another private litigant who possesses the same right as adversary? Fortunately, we do not have to answer all these questions on this appeal. The issue before us is relatively narrow. What is the content of the Crown's duty with respect to summonses in penal proceedings? Can they be in either French or English at the option of the Crown regardless of the language of the recipient? Must a translation be made available to an accused who finds the summons is not in his or her language? Do summonses have to be bilingual?

I start from the premise that the essence of language is communication and that implicit in the notion of language rights in the context of court proceedings is the ability both to understand and to be understood. If this is correct, it is clearly not enough that the litigant has the right to use his or her language if those dealing with him or her are

d'emprisonner une autre personne; et les obligations correspondantes sont implicites, c'est-à-dire qu'elles découlent uniquement de la déclaration du droit, du privilège ou du pouvoir; ou encore plus souvent l'obligation seule est exprimée et le bénéfice du droit, du privilège ou du pouvoir découle de l'application pratique de l'obligation.

Il me semble qu'à l'art. 133 nous avons une excellente illustration de ce que fait valoir Coode. À l'égard des registres, des procès-verbaux, des journaux et des lois des deux ressorts, l'obligation est imposée à l'État. Le droit du citoyen est implicite. Dans le cas des débats et de la langue devant les tribunaux, le droit est conféré au citoyen, l'obligation de l'État est implicite.

À mon sens, le problème réel qui se pose en l'espèce est non pas de savoir si l'État a une obligation en raison du droit conféré aux citoyens—je crois qu'il en a manifestement une—mais de savoir quel est le contenu de cette obligation. Exige-t-elle que toutes les procédures soient tenues dans la langue du justiciable? Ou le droit linguistique peut-il être respecté par le recours à la traduction? La teneur de l'obligation diffère-t-elle selon qu'il s'agit de procédures pénales où la partie adverse est l'État ou de procédures civiles où la partie adverse est un particulier qui comme adversaire a les mêmes droits? Heureusement, nous n'avons pas à répondre à toutes ces questions dans le cadre du présent pourvoi. La question qui nous est soumise est relativement restreinte. Quelle est la teneur de l'obligation de la poursuite à l'égard des sommations dans des procédures pénales? Peuvent-elles être soit en français soit en anglais au choix de la poursuite peu importe la langue de celui à qui elles sont adressées? Faut-il fournir une traduction à un accusé qui juge que la sommation n'est pas dans sa langue? Les sommations doivent-elles être bilingues?

Je pars de la prémisse que la langue est essentiellement affaire de communication et que la notion de droits linguistiques relativement aux procédures judiciaires comporte implicitement la possibilité à la fois de comprendre et d'être compris. Si cela est exact, il ne suffit manifestement pas que le justiciable ait le droit d'utiliser sa langue si ceux

using a different language. Indeed the specific and often urgent necessity of clear communication in the course of litigation is a feature of the fundamentally social function of language. This is the thrust of Paul Weiler's observations when he says of language in "Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version" (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51 at p. 55, footnote 12:

Not only does it shape the way an individual thinks and views the world, language is also an inherently social activity. It is not enough to have a constitutional right to speak the language of one's choice. One needs to have listeners who can understand.

The same sentiment is reflected in the recent statement of this Court in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 at p. 744 namely that:

Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

Although the notion of the fundamental link between language and social interaction has a conceptual coherence in its own right, as Canadians we cannot ignore the special place that linguistic rights have come to occupy in Canadian jurisprudence because of the peculiarities of our history. That history not only gives an added dimension and importance to the proposition that the essence of language is communication, but it also serves as an interpretative aid in judicial exposition of the ambiguous phrasing in s. 133. "The Court", Sir George Jessel, M.R., remarked in 1877, "is not to be oblivious . . . of the history of law and legislation" (*Holme v. Guy* (1877), 5 Ch. D. 901 at p. 905), and indeed the current challenge faced by this Court in the delineation of *Charter* rights has led to a reaffirmation of the assistance to be gained from placing broadly phrased constitutional guarantees in their "proper linguistic, philosophic and historical contexts" (Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). What assistance then is to be gathered from the legislative history of s. 133?

qui communiquent avec lui emploient une autre langue. En réalité, la nécessité précise et souvent impérieuse de communiquer clairement dans le cours d'un litige est une caractéristique de la fonction essentiellement sociale de la langue. C'est là le sens de la remarque de Paul Weiler lorsqu'il parle de la langue dans l'article intitulé «Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version» (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51, à la p. 55, note 12:

[TRADUCTION] La langue influence non seulement la façon dont une personne pense et perçoit le monde, elle est aussi une activité essentiellement sociale. Il ne suffit pas d'avoir le droit constitutionnel de parler la langue de son choix. Il faut aussi avoir des auditeurs capables de comprendre.

Cette Cour a exprimé récemment la même idée dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 744:

Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

Bien que la notion de lien fondamental entre la langue et l'interaction sociale soit valable en soi, nous ne pouvons pas, comme Canadiens, fermer les yeux sur la place particulière qu'en sont venus à occuper les droits linguistiques dans la théorie juridique canadienne en raison des circonstances particulières de notre histoire. Non seulement l'histoire ajoute-t-elle du poids à l'énoncé voulant que la langue soit essentiellement affaire de communication, mais elle sert aussi d'instrument d'interprétation judiciaire du texte ambigu de l'art. 133. Le maître des rôles sir George Jessel a souligné en 1877 que [TRADUCTION] «La cour ne doit pas oublier . . . l'histoire du droit et de la législation» (*Holme v. Guy* (1877), 5 Ch. D. 901, à la p. 905), et, en fait, le défi que pose actuellement à la Cour la détermination des droits conférés par la *Charte* a amené celle-ci à réaffirmer l'utilité de situer les garanties constitutionnelles énoncées en termes généraux dans leurs «contextes linguistique, philosophique et historique appropriés» (le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344). De quelle utilité peut donc être l'historique législatif de l'art. 133?

5. The Legislative History of s. 133:

This Court pointed out in *Blaikie No. 2* (at p. 330) that:

The status of English and French in Quebec courts under s. 133 of the *B.N.A. Act* exhibits a continuous practice going back almost to the beginning of the British rule.

A survey of the early legislation supports the view expressed by Herbert Marx "Language Rights in the Canadian Constitution" (1967), 2 *R.J.T.* 239 at p. 241, that concern about French and English language rights in relation to the judicial system did not begin with their entrenchment in s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. Indeed, an examination of various pre-1867 legislative provisions illustrates clearly the dual nature of the language question in Canada.

One of the first pieces of legislation relevant to our inquiry is an Ordinance passed in 1785, 25 Geo. 3, c. 2, which explicitly recognizes not only the litigants' linguistic needs, but also the state's duty to meet those needs by providing translations of the court's processes.

AN ORDINANCE

To regulate the proceedings in the courts of civil judicature, and to establish Trials by Juries in actions of a commercial nature and personal wrongs to be compensated in damages.

WHEREAS it is necessary for the ease and conveniency of his Majesty's subjects who may have actions to prosecute in the courts of civil judicature established in this province, that the mode of administering justice in the said courts should be clearly ascertained and rendered as plain as possible, be it therefore ordained and enacted by his honour the Lieutenant-governor and commander in chief of this province, by and with the advice and consent of the legislative council thereof, and by the authority of the same it is hereby ordained and enacted, that in all causes or matters of property exceeding the sum or value of ten pounds sterling, upon a declaration presented to any one of the Judges of the court of common pleas, by any person, setting forth the grounds of his complaint against a defendant, and praying an order to compel him to appear and answer

5. Historique législatif de l'art. 133

Cette Cour a souligné ce qui suit dans l'arrêt *Blaikie n° 2* (à la p. 330):

Le statut de l'anglais et du français devant les tribunaux du Québec au sens de l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* révèle une pratique continue qui remonte presque au début du régime britannique.

Un relevé des premières lois confirme le point de vue exprimé par Herbert Marx dans «Language Rights in the Canadian Constitution» (1967), 2 *R.J.T.* 239, à la p. 241, selon lequel la préoccupation relative aux droits des langues anglaise et française à l'égard du système judiciaire n'a pas commencé avec leur enchâssement dans l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En réalité, l'étude de diverses dispositions législatives antérieures à 1867 illustre clairement la dualité linguistique au Canada.

Un des premiers textes législatifs visés par notre étude est une ordonnance adoptée en 1785, 25 Geo. 3, chap. 2, qui reconnaît explicitement non seulement les besoins linguistiques des plaideurs, mais également le devoir de l'État de répondre à ces besoins en fournissant des traductions des procédures judiciaires:

ORDONNANCE

Qui régle les formes de procéder dans les Cours Civiles de Judicature, et qui établit les procès par Jurés dans les affaires de commerce, et d'injures personnelles qui doivent être compensées en dommages, en la Province de Québec.

ÉTANT nécessaire pour le soulagement et l'avantage des sujets de Sa Majesté qui peuvent avoir des actions à intenter dans les Cours Civiles de Judicature établies en cette Province, que la forme d'administrer la justice dans les dites Cours, soit clairement établie et rendue intelligible, autant que possible, qu'il soit statué et ordonné par son Honneur le Lieutenant-gouverneur et Commandant en Chef de cette Province, de l'avis et consentement du Conseil Législatif d'icelle; et par la dite autorité, il est par ces présentes statué et ordonné, que dans tous procès et affaires de propriété excédant la somme ou valeur de £ 10 Sterling, il sera présenté à aucun des Juges des Cours des Plaidiers-communs par tous particuliers, une déclaration contenant les motifs de sa plainte contre un défendeur, dans laquelle il sollicitera un ordre pour le contraindre à comparaître et y

thereto, such judge shall be, and hereby is impowered and required, in his separate district, to grant such an order, whereby the plaintiff may have and obtain, from the clerk of the court, a writ of summons, in the language of the defendant, to be issued in his Majesty's name and tested by the name of such judge, to be directed to and executed by the sheriff of the district where such court shall have jurisdiction, and in which the defendant may be or doth reside, commanding such defendant to be and appear in such court, to answer to the plaintiff, on the day appointed by such judge in the order on the declaration, regard being had to the season of the year as well as to the distance of the defendant's abode or place of service from the place where the court may sit.

(Emphasis added.)

Although not directly relevant to the facts of the present case the following legislation (1787), 27 Geo. 3, c. 1, dealing with jury trials reflects a similar concern about accommodating the language needs of the parties.

AN ORDINANCE

To regulate the proceedings, in certain cases, in the Court of King's Bench, and to give the subject the benefit of Appeal from Large Fines.

WHEREAS it is difficult to find jurors in the towns of Quebec and Montreal, who are proprietors of freehold, It is enacted by His Excellency the Governor and Legislative Council, that in all inquests and trials by jury in criminal cases, it shall be no good challenge or exception that the juror is not a freeholder, if such juror, being otherwise qualified, is in the actual possession of lands, tenements, or real estate, charged with, and paying an annual rent of fifteen pounds or upwards, and upon any such inquest or trial the defect of the pannel in petty jurors, so qualified, may be supplied, as often as it happens, by a tales, as in other ordinary cases, at the discretion of the court, in such manner as the said court shall adjudge proper, to give the party prosecuted, in any criminal cause, jurors for his trial, one half of whom at the least, may in the judgment of the court, be competently skilled in the language of his defence, if the same be either the English or French language.

(Emphasis added.)

In the case of *Veillette v. The King* (1919), 58 S.C.R. 414, which interprets a more recent version

répondre; tel Juge sera, et il est, par ces présentes, autorisé, et il lui est enjoint d'accorder dans son district un ordre, par lequel le demandeur aura et obtiendra du Greffier de la Cour un ordre de somation, dans la langue du défendeur, qui sera donné au nom de Sa Majesté, et certifié du nom d'un tel Juge, qui sera adressé au Sherif du district, où telle Cour aura jurisdiction, et dans lequel le défendeur pourra être, ou sera résident, lequel ordre sera exécuté et signifié par le Sherif à tel défendeur, d'être et comparaître à telle Cour, pour répondre au demandeur à un jour fixé par tel Juge, dans l'ordre au bas de la déclaration, aiant égard à la saison de l'année, ainsi qu'à la distance du domicile du défendeur, ou du lieu de l'assignation à celui où siège la Cour.

(C'est moi qui souligne.)

Bien qu'elle ne soit pas directement pertinente aux faits de l'espèce, la loi suivante (1787), 27 Geo. 3, chap. 1, qui porte sur les procès par jury, reflète un même souci de satisfaire aux besoins linguistiques des parties.

ORDONNANCE

Qui régle les formes de procéder, dans de certains cas, en la Cour du Banc du Roi, et qui donne au sujet le bénéfice d'apel de fortes amendes.

ÉTANT difficile de trouver des Jurés dans les Villes de Québec et de Montréal, qui soient propriétaires de biens fonds, il est statué par son Excellence le Gouverneur et Conseil Législatif, que dans toutes enquêtes et tous procès pardevant un corps de Jurés, dans les cas criminels, on ne pourra point récuser ni excepter un Juré, parce qu'il ne sera point propriétaire de biens fonds, si toutefois tel Juré a les autres qualités requises, et s'il possède actuellement des terres, maisons ou immeubles chargés avec et païant quinze livres de Loier annuel, ou au-dessus; et que dans toutes telles enquêtes ou tels procès, ce qui manquera de la liste des petits Jurés, ainsi qualifiés, pourra être supplée, aussi souvent qu'il arrivera, par d'autres, comme dans d'autres cas ordinaires à la discrétion de la Cour, dans telle manière qu'elle le jugera convenable, de donner à la partie poursuivie, dans toutes actions criminelles, des Jurés, sur son procès, dont moitié au moins entendront compétemment, au Jugement de la Cour, la langue dans laquelle la défense est dressée, soit en langue Anglaise ou Française.

(C'est moi qui souligne.)

Dans l'arrêt *Veillette v. The King* (1919), 58 R.C.S. 414, qui interprète une version plus récente

of the same provision as it appears at 1864 (Can.), 27 & 28 Vict., c. 41, s. 7, subs. (2), the majority was of the view that an accused who elects to be tried by a mixed jury has a right to have the trial conducted in both languages. Mignault J. described the method of proceeding as follows at p. 430:

[TRANSLATION] Returning now to 27-28 Vict. c. 41, it is clear that the provision in question is illusory if, in a case before a mixed jury, the testimony is not translated from French into English and vice versa, and if at least the gist of the charge by the presiding judge is not made in both languages. That has always been the practice in the province of Quebec, and learned counsel for the respondent in this Court, Mr. Gaboury, in answer to a question I put to him, admitted that the practice has also been followed in the Pontiac district. I consider, therefore, that a prisoner who requests a mixed jury is entitled to have the case heard in both languages, and this certainly includes the judge's charge to the jury.

Mignault J.'s suggestion that translation is adequate to fulfil the minimum requirements of justice in a mixed trial and counsel's assurance that this was contemporary Quebec practice has further historical support in a statute passed in Lower Canada in 1793, 34 Geo. 3, c. 6, s. 29. C.A. Sheppard, in a study prepared for the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism (see *The Law of Languages in Canada* (1971)), expands on the practical impact of the legislation on court proceedings at p. 50:

As had been the case under the military and civil regimes, both languages continued to be respected in the courts after the splitting of Quebec into Upper and Lower Canada. In 1793 the Legislative Assembly of Lower Canada passed a statute providing that all previous laws governing the practice of courts of criminal and civil jurisdiction, as well as previous rules of practice, would continue in force unless expressly repealed or varied. The effect of this provision was, of course, to continue those laws which stipulated the use of English and French in certain aspects of judicial proceedings. Provision was made for a French translator for the Court of King's Bench. In 1794, this position was occupied by X. de Lanaudière who received a salary of £200.

de la même disposition que l'on trouve à 1864 (Can.), 27 & 28 Vict., chap. 41, art. 7, par. (2), la Cour a statué à la majorité qu'un accusé qui choisit d'être jugé par un jury mixte a le droit de faire tenir son procès dans les deux langues. Le juge Mignault décrit la façon de procéder de la manière suivante, à la p. 430:

Revenant maintenant à la disposition de la loi 27-28 Vict. chap. 41, il est clair que cette disposition serait illusoire si, dans un procès instruit devant un jury mixte, les témoignages n'étaient pas traduits du français en anglais, et réciproquement, et si l'adresse du juge présidant le procès n'était pas faite, du moins quant à ses parties essentielles, dans ces deux langues. Telle a toujours été la pratique en la province de Québec, et le savant conseil de l'intimé devant nous, Mtre. Gaboury, en réponse à une question que je lui ai posée, a admis que cette pratique était aussi suivie dans le district de Pontiac. Je suis donc d'opinion que le prisonnier qui demande un jury mixte a le droit d'avoir un procès instruit dans les deux langues, française et anglaise, ce qui comprend bien l'adresse du juge au jury.

La suggestion du juge Mignault selon laquelle la traduction suffit pour répondre aux exigences minimales de la justice dans un procès mixte et l'assurance donnée par le procureur que c'était la pratique suivie à cette époque au Québec se trouvent confirmées, du point de vue historique, par une loi adoptée au Bas-Canada en 1793, 34 Geo. 3, chap. 6, art. 29. Dans une étude préparée à l'intention de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, C. A. Sheppard (voir *The Law of Languages in Canada* (1971)), commente la portée pratique de la loi sur les procédures judiciaires à la p. 50:

[TRADUCTION] Comme cela avait été le cas sous les régimes civils et militaires, les deux langues ont continué d'être respectées devant les tribunaux après la division du Québec en Haut-Canada et en Bas-Canada. En 1793, l'Assemblée législative du Bas-Canada a adopté une loi qui prévoyait que toutes les lois antérieures régissant la pratique des tribunaux de juridiction civile et criminelle, de même que toutes les règles de pratique antérieures, demeureraient en vigueur à moins d'être expressément abrogées ou modifiées. Cette disposition a évidemment eu pour effet de maintenir les lois qui prescrivaient l'usage du français et de l'anglais dans certains aspects des procédures judiciaires. Des dispositions ont été prises pour que la Cour du Banc du Roi soit dotée d'un traducteur. En 1794, ce poste était occupé par X. de Lanaudière qui recevait un traitement de £ 200.

It is interesting that the effect of the 1793 statute in Lower Canada as described by Sheppard in continuing previous legislation regarding language use in the courts was more explicitly provided for by the legislature of the predominantly English province of Upper Canada. In 1794 an Act, 34 Geo. 3, c. 2, was passed in that province which directly addressed the language of process served on defendants in civil suits. Section IX of the Act provides:

IX. *And be it further Enacted by the Authority aforesaid*, That upon every copy of such process, to be served upon any defendant, shall be written a notice in the English tongue, to such defendant of the intent and meaning of such service to the effect following:

“A. B. You are served with this process, to the intent that you may, either in person or by your attorney, appear in his Majesty’s court of King’s Bench, at the return thereof, being the day of in order to [sic] your defence in this action.”

And when any party, defendant, is a Canadian subject by treaty, or the son or daughter of such Canadian subject, the like notice shall be written in the French language.

“A. B. Il vous est enjoint et ordonné de comparôître personnellement ou par procureur a la cour du banc du roy a l’expiration de ce writ qui sera le jour pour repondre a cette action.”

Both the 1785 Ordinance and the 1794 Act were repealed, the former in 1801 by a statute of Lower Canada, 41 Geo. 3, c. 7 and the latter in 1822 by a statute of Upper Canada, 2 Geo. 4, c. 1. The effect of the repeal of the 1785 Ordinance on the validity of summonses became the subject of litigation in 1812 in *R. v. Talon*, a case reported in the notebooks of the presiding judge and discussed by Nantel in “La langue française au Palais” (1945), 5 *R. du B.* 201. The case involved a challenge to the court’s jurisdiction by Mr. Talon because his summons was issued in French. Reid J., Court of King’s Bench, noted at p. 204:

Il est intéressant de noter que la législature de la province majoritairement anglophone du Haut-Canada a légiféré plus explicitement dans le même sens que la Loi du Bas-Canada de 1793 dont l’effet, selon Sheppard, était de maintenir l’application des dispositions législatives antérieures relatives à l’usage des langues devant les tribunaux. En 1794, cette province a adopté une loi, 34 Geo. 3, chap. 2, qui régissait directement la langue des actes de procédure signifiés aux défendeurs dans des poursuites civiles. L’article IX de la Loi dispose:

[TRADUCTION] IX. *Et il est de plus statué en vertu de la susdite autorité* que sur chaque copie de tel acte de procédure, à signifier à tout défendeur, il sera écrit un avis en langue anglaise, destiné au défendeur, du sens et de la portée de cette signification rédigé comme suit:

«A. B. You are served with this process, to the intent that you may, either in person or by your attorney, appear in his Majesty’s court of King’s Bench, at the return thereof, being the day of in order to [sic] your defence in this action.»

Et lorsque toute partie défenderesse est un sujet canadien en vertu du traité, ou le fils ou la fille d’un tel sujet canadien, le même avis sera écrit en langue française.

«A. B. Il vous est enjoint et ordonné de comparôître personnellement ou par procureur a la cour du banc du roy a l’expiration de ce writ qui sera le jour pour repondre a cette action.»

L’Ordonnance de 1785 et la Loi de 1794 ont toutes deux été abrogées, la première en 1801 par une loi du Bas-Canada, 41 Geo. 3, chap. 7, et la seconde en 1822 par une loi du Haut-Canada, 2 Geo. 4, chap. 1. L’effet de l’abrogation de l’Ordonnance de 1785 sur la validité des sommations a fait l’objet d’une contestation en 1812 dans l’affaire *R. c. Talon* rapportée dans les notes du juge qui a entendu la cause et commentée par Nantel dans son article intitulé «La langue française au Palais» (1945), 5 *R. du B.* 201. Dans cette affaire, M. Talon contestait la compétence de la cour pour le motif que sa sommation était rédigée en français. Le juge Reid* de la Cour du Banc du Roi fait observer à la p. 204:

* N.D.T. Version française par Nantel.

The defendant obtained a rule upon the Solicitor General to show cause why the writ of summons in this cause should not be quashed by reason of its being in the French language.

In support of this rule Mr. Stuart, for the defendant, stated that the Ordinance of 1785 directing the writ of summons to be in the language of the defendant had been repealed by the provincial Stat. 41 Geo. 3, ch. 7 and as the distinction of language in this country has been removed, every writ issuing out of this Court ought to be in English as being the language of the Sovereign.

The Solicitor General contended that notwithstanding the repeal of the Ordinance of 1785, the French language must be received in conducting legal proceedings, it being recognized by the law of the land, and by the practice of the Courts in this Country since the conquest thereof has been in constant use.

By the Court.—The French Language has been used by His Majesty in his communications to His subjects in this province, as well in his executive as in his legislative capacity, and been recognized as the legal means of communication of His Canadian subjects. Courts of Justice have at all times used this language in their writs and processes as in their other proceedings, as well before as since the Ordinance of 1785.

It is for the benefit of the subject that this was done, and the defendant cannot be permitted to say that he will not be sued in the language of his country.

(Emphasis added.)

Reid J. appears to be affirming here that the repeal in 1801 of the Ordinance of 1785 requiring that summonses be served in the language of the defendant restored the earlier position that summonses could be served in either language. He rejected the submission that the effect of the repeal was to require summonses to be in the language of the Sovereign, English, pointing out that the Sovereign had used the French language in dealing with his subjects in Quebec. Nantel advances an argument based on international law to the effect that this constituted recognition and continuation of French language rights in the Courts despite the statute of 1801.

In 1840 the *Act of Union*, 1840 (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 35, uniting Upper and Lower Canada was passed. The Act made the new legislature unilin-

[TRANSLATION] Le défendeur a obtenu une ordonnance enjoignant au solliciteur général d'indiquer pourquoi le bref d'assignation dans cette cause ne serait pas annulé à cause du fait qu'il est rédigé dans la langue française.

À l'appui de cette demande M. Stuart, pour le défendeur, a soumis que l'Ordonnance de 1785, décrétant que le bref de sommation doit être dans la langue du défendeur, a été rappelée par le statut provincial 41 Geo. 3, chap. 7 (1801) et comme la distinction de langue en ce pays a été abolie, tous les brefs émis par la Cour doivent être en anglais comme étant le langage du Souverain.

Le solliciteur général prétendit que malgré le rappel de l'Ordonnance de 1785 la langue française doit être reçue dans la conduite des procédures légales comme étant reconnue par la loi du pays et qu'elle a été en usage constant dans la pratique des cours du pays depuis la conquête.

Par la Cour.—Sa Majesté s'est servi de la langue française dans ses communications à ses sujets dans cette province, aussi bien dans sa capacité exécutive que législative, et cette langue a été reconnue comme le moyen légal de communication de ses sujets canadiens. De tout temps, aussi bien avant que depuis l'Ordonnance de 1785, les cours de justice ont utilisé cette langue dans leurs brefs et dans leurs autres procédures.

C'est pour le bénéfice du sujet que ceci a été fait et le défendeur ne peut être admis à dire qu'il ne sera pas poursuivi dans la langue de son pays.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge Reid paraît affirmer ici que l'abrogation en 1801 de l'Ordonnance de 1785 qui exigeait que les sommations soient signifiées dans la langue du défendeur rétablissait l'état antérieur des choses selon lequel les sommations pouvaient être signifiées dans l'une ou l'autre langue. Il a rejeté la prétention que l'abrogation avait eu comme conséquence d'exiger que les sommations soient faites dans la langue du Souverain, l'anglais, soulignant que le Souverain s'était servi de la langue française pour s'adresser à ses sujets du Québec. Se fondant sur le droit international, Nantel soutient qu'il s'agit là de la reconnaissance et du maintien des droits de la langue française devant les tribunaux nonobstant la Loi de 1801.

En 1840, l'*Acte d'Union*, 1840 (R.-U.), 3 & 4 Vict., chap. 35, qui réunissait le Haut-Canada et le Bas-Canada était adopté. L'Acte rendait unilingue

gual although translation was provided from English into French. There seems to be no reference to language in the courts. Despite designation of English as the official language under the 1840 Act there was clear legislative recognition of the *de facto* use of both the French and English languages and the need to communicate with speakers of both languages. For this reason we find the following enactment with respect to the laws of the new province, 1841 (Can.), 4 & 5 Vict., c. 11:

An Act to provide for the translation into the French Language of the Laws of this Province, and for other purposes connected therewith.

[18th September, 1841.]

WHEREAS it is just and expedient that the Laws passed by the Legislature of this Province, as well as the Acts of the Imperial Parliament relating to this Province, be translated into the French Language for the information and guidance of a great portion of Her Majesty's subjects in this Province; Be it therefore enacted by the Queen's Most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Legislative Council and of the Legislative Assembly of the Province of Canada, constituted and assembled by virtue of and under the authority of an Act passed in the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and intituled *An Act to Re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada*, and it is hereby enacted by the authority of the same, that it shall be lawful for the Governor, or person administering the Government of this Province, to appoint one proper and competent person, versed in legal knowledge and having received a classical French education, and possessing a sufficient knowledge of the English language, to translate into the French language the laws passed by the Legislature of this Province, or by the Imperial Parliament, relating to or affecting this Province.

II. And be it enacted, that the said translation shall be printed under the direction of the Executive Authority, and distributed among the People of this Province speaking the French language, in the same manner in which the English text of the said Laws shall be printed and distributed among those speaking the English language, and under the same provisions.

III. And be it enacted, that the Act of the Imperial Parliament, passed in the Session held in the third and fourth years of Her present Majesty's Reign, and

la nouvelle assemblée législative même si on prévoyait la traduction de l'anglais au français. Il ne semble pas y avoir de mention de la langue des tribunaux. Malgré la désignation de l'anglais comme langue officielle en vertu de l'Acte de 1840, il y a une reconnaissance explicite dans cette loi de l'usage de fait des langues française et anglaise et de la nécessité de communiquer avec ceux qui parlent ces langues. Pour ce motif, on trouve la disposition suivante relativement aux lois de la nouvelle province, 1841 (Can.), 4 & 5 Vict., chap. 11:

Acte pour pourvoir à ce que les Lois de cette Province soient traduites dans la Langue Française, et pour d'autres objets y relatifs.

[18me Septembre, 1841.]

ATTENDU qu'il est juste et expédient que les Lois passées par la Législature de cette Province, aussi bien que les Actes du Parlement Impérial relatifs à cette Province, soient traduites en Français pour l'instruction et la règle de conduite d'une partie nombreuse des sujets de Sa Majesté en cette Province: Qu'il soit en conséquence statué par la Très Excellente Majesté de la Reine, par et de l'avis et du consentement du Conseil Législatif et de l'Assemblée Législative de la Province du Canada, constitués et assemblés en vertu et sous l'autorité d'un Acte passé dans le Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, intitulé, *Acte pour réunir les Provinces du Haut et du Bas-Canada, et pour le Gouvernement du Canada*, et il est par ces présentes statué par la dite autorité, qu'il sera loisible au Gouverneur, ou à la personne administrant le Gouvernement de cette Province, de nommer une personne compétente, versée dans la connaissance des Lois, et ayant reçu une éducation Française Classique, et possédant assez la langue Anglaise, pour traduire en Français les Lois passées par la Législature de cette Province, ou par le Parlement Impérial et concernant cette Province, ou y relatives.

II. Et qu'il soit statué, que la dite traduction sera imprimée sous la direction de l'Autorité Exécutive, et distribuée aux Habitans de cette Province qui parlent la langue Française, de la même manière que le texte Anglais des dites Lois sera imprimé et distribué à ceux qui parlent la langue Anglaise, et en vertu des mêmes dispositions Législatives.

III. Et qu'il soit statué, que l'Acte du Parlement Impérial, passé dans la Session tenue dans les troisième et quatrième années du Règne de Sa Majesté actuelle, et

intituled *An Act to Re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada*, shall be translated into the French language and distributed as hereinbefore provided with regard to the Laws passed by the Legislature of this Province.

Only three years after the *Act of Union* there was a complete shift from official unilingualism to total bilingualism, 1843 (Can.), 7 Vict., c. 16. Again the concern articulated in the provisions would seem to be to make the justice system meaningful and accessible to all the citizens of the new province. The Act provides:

An Act to repeal certain Acts and Ordinances therein mentioned, and to make better provision for the Administration of Justice in Lower Canada.

[9th December, 1843.]

XVIII. And be it enacted, that every writ or process issuing out of any Court of Queen's Bench, (whether in the superior or in the inferior term thereof,) or out of any of the Circuit Courts hereinafter established, shall be in both the English and the French languages, any law, usage or custom to the contrary notwithstanding.

LIV. And be it enacted, that in any suit or action to be brought against any person who shall have left his domicile in Lower Canada, or against any person who shall have had no domicile in Lower Canada, but shall have personal or real estate in the same, it shall be lawful for the plaintiff, if no curator be appointed in the ordinary course of law to represent such person, to summon and implead such person, by a writ issued, in the usual way, out of the Court of Queen's Bench, or out of any of the Circuit Courts in and for the District or Circuit wherein such person may have had his domicile, or where such property may be situate; and that upon the return of the Sheriff or of the Bailiff to the writ, that the defendant cannot be found in the said District or Circuit, it shall be lawful for the Court to order that the defendant shall, by an advertisement, to be twice inserted in the English language in any Newspaper published in that language, and twice in the French language in any Newspaper published in that language, in Lower Canada, be notified to appear and answer such suit or action, within two months after the last insertion of such advertisement; and that upon the neglect of the defendant, to appear and answer to such suit or action within

intitulé, *Acte pour réunir les Provinces du Haut et du Bas-Canada et pour le Gouvernement du Canada*, sera traduit en langue Française, et distribué comme il est pourvu ci-dessus par rapport aux Lois passées par la Législature de cette Province.

Seulement trois ans après l'*Acte d'Union*, il y a eu un revirement complet de la situation en ce sens qu'on est passé de l'unilinguisme officiel au bilinguisme total, 1843 (Can.), 7 Vict., chap. 16. Encore là, le souci exprimé dans ces dispositions semble avoir été de rendre le système judiciaire intelligible et accessible à tous les citoyens de la nouvelle province. La Loi dispose:

Acte pour abroger certains Actes et Ordonnances y mentionnés, et pour mieux pourvoir à l'administration de la Justice dans le Bas-Canada.

[9ème Décembre, 1843.]

XVIII. Et qu'il soit statué, que tout Writ ou Ordre qui émanera d'aucune des Cours du Banc de la Reine, soit au Terme Supérieur ou au Terme Inférieur, ou d'aucune des Cours de Circuit, qui seront établies ci-après, sera rédigé dans les langues Française et Anglaise, nonobstant toute loi, usage ou coutume à ce contraire.

LIV. Et qu'il soit statué, que dans toute poursuite ou action qui sera intentée contre une personne qui aura quitté son domicile dans le Bas-Canada, ou n'y aura pas eu de domicile, mais qui néanmoins y possède des biens meubles ou immeubles, le Demandeur pourra, s'il n'a pas été nommé de curateur, suivant la loi, pour la représenter, assigner et poursuivre telle personne, en faisant émaner un Writ de la manière ordinaire, de la Cour du Banc de la Reine, ou d'aucune des Cours de Circuit du District, ou du Circuit où elle aura son domicile, ou dans lequel ses propriétés pourront être situées; et si le Shérif ou l'Huissier fait rapport que le Défendeur ne se trouve pas dans les dits District ou Circuit, la Cour ordonnera d'insérer une annonce deux fois dans la langue anglaise, dans un papier-nouvelle publié en cette langue, et deux fois dans la langue française, dans un papier-nouvelle publié en cette langue dans le Bas-Canada, pour sommer le Défendeur de comparaître et de répondre à telle poursuite ou action dans les deux mois, à compter de l'insertion de la dernière annonce; et si le Défendeur fait défaut et ne comparait ni ne répond à l'action dans le temps susdit, il

the period aforesaid, it shall be lawful for the plaintiff to proceed to trial and judgment as in a case by default.

(Emphasis added.)

And in the same year in 1843 (Can.), 7 Vict., c. 18 we find:

An Act for the establishment of a better Court of Appeals in Lower Canada.

[9th December, 1843.]

WHEREAS the Provincial Court of Appeals now existing in Lower Canada, has been found by experience to be altogether insufficient and inadequate for the due administration of Justice; Be it therefore enacted . . .

X. And be it enacted, that all Writs and Process to be issued from and out of the said Court of Appeals hereby established, shall run and be in the name and style of Her Majesty, Her Heirs and Successors, and shall be sealed with the seal of the said Court, and shall be tested in the name of that one of the Justices of the said Court present in Lower Canada, who for the time being, shall be entitled to precedence over the other Justices thereof, and shall be signed by the said Clerk or his Deputy, whose duty it shall be to prepare and make out the same; and every such Writ or Process shall be in both the English and the French language[s]; any law, usage or custom to the contrary notwithstanding.

(Emphasis added.)

In 1846 this situation was altered by 1846 (Can.), 9 Vict., c. 29, which provided that writs and processes could be in either French or English:

An Act to amend the Law relative to the Administration of Justice in Lower Canada.

[9th June, 1846.]

WHEREAS it is expedient to amend the Acts herein-after mentioned, and to make further provision as to certain matters relative to the due Administration of Justice in Lower Canada: Be it therefore enacted by the Queen's Most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Legislative Council and of the Legislative Assembly of the Province of Canada, constituted and assembled by virtue of and under the authority of an Act passed in the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, intituled, *An Act to reunite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada*, and it is hereby enacted by the authority of the same, That the eighteenth section of the Act passed in the seventh year of Her

sera loisible au Demandeur de procéder dans sa cause comme dans les cas par défaut.

(C'est moi qui souligne.)

Et dans la même année à 1843 (Can.), 7 Vict., chap. 18, on trouve:

Acte pour établir une meilleure Cour d'Appel dans le Bas-Canada.

[9ème Décembre, 1843.]

ATTENDU que l'expérience a démontré que la Cour Provinciale d'Appel qui existe maintenant dans le Bas-Canada, est tout-à-fait insuffisante pour la due administration de la Justice. Qu'il soit en conséquence statué . . .

X. Et qu'il soit statué, que tous les Writs et Ordres émanés de la Cour d'Appel établie par le présent Acte, le seront au nom de Sa Majesté, Ses Héritiers et Successeurs, seront revêtus du sceau de la dite Cour, attestés au nom de celui des Juges de cette Cour présent dans le Bas-Canada, qui aura actuellement la préséance sur les autres Juges d'icelle, et signés par le dit Greffier, ou son Député, dont le devoir sera de les préparer et dresser; et chaque Writ ou Ordre sera dans les deux langues Anglaise et Française, nonobstant toute loi, usage ou coutume à ce contraire.

(C'est moi qui souligne.)

En 1846, cette situation a été changée par 1846 (Can.), 9 Vict., chap. 29, qui prévoit que les brevets et les actes de procédure pourront être soit en français soit en anglais:

Acte pour amender la loi relative à l'administration de la Justice dans le Bas Canada.

[9 Juin, 1846.]

ATTENDU qu'il est expédient d'amender les actes ci-après mentionnés, et d'établir de plus amples dispositions à l'égard de certaines matières relatives à la bonne administration de la justice dans le Bas Canada: qu'il soit en conséquence statué par la Très-Excellente Majesté de la Reine, par et de l'avis et du consentement du conseil législatif et de l'assemblée législative de la province du Canada, constitués et assemblés en vertu et sous l'autorité d'un acte passé dans le parlement du royaume-uni de la Grande Bretagne et d'Irlande, intitulé: *Acte pour réunir les Provinces du Haut et du Bas Canada, et pour le gouvernement du Canada*; et il est par ces présentes statué par la dite autorité, que la dix-huitième section de l'acte passé dans la septième

Majesty's Reign, and intituled, *An Act to repeal certain Acts and Ordinances therein mentioned, and to make better provision for the Administration of Justice in Lower Canada*, and so much of the tenth section of a certain other Act, passed in the said seventh year of Her Majesty's Reign, and intituled, *An Act for the establishment of a better Court of Appeals in Lower Canada*, and of any other Act or Law in force in Lower Canada as requires that any Writ or Process issuing out of any of Her Majesty's Courts of Justice therein, should be in both the English and French languages, shall be and the same are hereby repealed, and henceforth any Writ or Process issuing out of any such Court may be either in the English or in the French language; any law, usage or custom to the contrary notwithstanding.

(Emphasis added.)

This situation was continued in 1849 (Can.), 12 Vict., c. 38:

An Act to amend the Laws relative to the Courts of Original Civil Jurisdiction in Lower-Canada.

[30th May, 1849.]

XIX. And be it enacted, That all Writs and Process to be issued out of the Superior Court shall run in the name of Her Majesty, Her Heirs or Successors, and shall be sealed with the Seal of the said Court, and signed by the Prothonotary for the District in which they shall issue, whose duty it shall be to make out and prepare the same; and they shall not be tested in the name of any Judge, but the words "in witness whereof we have caused the Seal of our said Court to be hereunto affixed," shall be instead of such *teste*: Provided always, that no such Writ or Process shall be deemed void or voidable by reason of its having a wrong seal or no seal thereon; And every such Writ or Process may be either in the English or in the French language, any law, custom or usage to the contrary notwithstanding; and if any affidavit be required before the issuing of any such Writ or Process, the Prothonotary shall have full power to receive such affidavit, and to administer the necessary oath: Provided also, that this shall not be construed to prevent any Judge of the Court from receiving such affidavit and administering such oath if he shall think fit.

(Emphasis added.)

The provisions with respect to publication in both English and French newspapers continued in s. XCIV.

année du règne de Sa Majesté, et intitulé: *Acte pour abroger certains actes et ordonnances y mentionnés, et pour mieux pourvoir à l'administration de la justice dans le Bas Canada*; et telle partie de la dixième section d'un certain autre acte, passé dans la dite septième année du règne de Sa Majesté, et intitulé: *Acte pour établir une meilleure cour d'appel dans le Bas Canada*; et de tout autre acte ou loi en force dans le Bas Canada, qui exige que tout writ ou *process* y émanant d'aucune des cours de justice de Sa Majesté, soit dans les deux langues, anglaise et française, seront et elles sont par le présent abrogées, et qu'à l'avenir tout writ ou *process* qui émanera d'aucune telle cour pourra être soit dans la langue anglaise ou dans la langue française; nonobstant toute loi, usage ou coutume à ce contraire.

(C'est moi qui souligne.)

Cette situation a été maintenue à 1849 (Can.), 12 Vict., chap. 38:

Acte pour amender les lois relatives aux cours de juridiction civile en première instance, dans le Bas-Canada.

[30 mai, 1849.]

XIX. Et qu'il soit statué, que tous writs et pièces de procédure qui émaneront de la cour supérieure, seront au nom de Sa Majesté, Ses Héritiers ou Successeurs, et seront scellés du sceau de la dite cour et signés du protonotaire du district dans lequel ils émaneront, et dont le devoir sera de les dresser et préparer; et ils ne seront attestés au nom d'aucun juge, mais les mots «en foi de quoi nous y avons fait apposer le sceau de notre dite cour,» remplaceront cette attestation (*teste*); pourvu toujours, qu'aucun tel writ ou procédure ne sera censé nul ou annulable faute d'un sceau régulier, et faute de tout sceau quelconque, et chacun de ces writs ou pièces de procédure pourra être écrit soit dans la langue anglaise ou dans la langue française, nonobstant toute loi, coutume ou usage à ce contraire; et si un affidavit est nécessaire avant de donner les dites pièces de procédure, le protonotaire aura plein pouvoir de recevoir cet affidavit et d'administrer le serment nécessaire; pourvu toujours, que cette dernière disposition n'aura pas l'effet d'empêcher aucun juge de la cour de recevoir cet affidavit et d'administrer ce serment s'il le juge convenable.

(C'est moi qui souligne.)

Les dispositions relatives à la publication dans des journaux de langue française et de langue anglaise ont été maintenues à l'art. XCIV.

In 1851 the legislature directed its attention to the language of jurors and provided in 1851 (Can.), 14 & 15 Vict., c. 89, that parties could consent to unilingual juries or the accused could require at the very least a jury composed of persons half of whom spoke his or her language. If such could not be found, another date had to be set for trial.

An Act to amend the Act intituled, *An Act to regulate the summoning of Jurors in Lower Canada.*

[30th August, 1851.]

WHEREAS it is expedient to make further and more equitable provision for selecting and summoning Jurors, and for regulating the trial by Jury in civil cases in Lower Canada: Be it therefore enacted by the Queen's Most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Legislative Council and of the Legislative Assembly of the Province of Canada, constituted and assembled by virtue of and under the authority of an Act passed in the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland and intituled, *An Act to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada*, and it is hereby enacted by the authority of the same, That the seventh section of the Act passed in the session of the Provincial Parliament, held in the tenth and eleventh years of Her Majesty's Reign, chaptered thirteen, and intituled, *An Act to regulate the summoning of Jurors in Lower Canada*, and so much of the nineteenth section of the same Act as provides that no more than thirty-six Petit Jurors shall be summoned at any General Quarter Sessions of the Peace, shall be and the same are hereby repealed.

JURIES IN CRIMINAL CASES

Fifthly. That except as hereinafter provided, no Sheriff shall be required to return a Special Panel of Petit Jurors for the trial of any criminal case; any law, usage or custom to the contrary notwithstanding.

Sixthly. That unless the prosecuting officer, and the party prosecuted consent that the trial Jury be composed exclusively of persons speaking the English language or of persons speaking the French language, or unless the party prosecuted demand, in the manner and at the time hereinafter provided, a jury composed, for the one-half, at least, of persons skilled in the language of his defence, (if such language be either the English or the French language,) the said jury shall be composed of the first

En 1851, la législature a prêté attention à la langue des jurés et a prévu, à 1851 (Can.), 14 & 15 Vict., chap. 89, que les parties pouvaient consentir à ce que le jury soit unilingue ou que l'accusé pouvait exiger tout au moins que la moitié des membres du jury soient des gens qui parlent sa langue. Si on ne pouvait trouver un tel jury, il fallait arrêter une autre date pour le procès.

Acte pour amender l'acte intitulé: *Acte pour régler l'assignation des jurés dans le Bas-Canada.*

[30e Août, 1851.]

ATTENDU qu'il convient d'établir de nouvelles et de plus équitables dispositions pour choisir et assigner les jurés, et pour régler le mode de procès par jury en matières civiles dans le Bas-Canada: à ces causes, qu'il soit statué par la très-excellente Majesté de la Reine, par et de l'avis et consentement du conseil législatif et de l'assemblée législative de la province du Canada, constitués et assemblés en vertu et sous l'autorité d'un acte passé dans le parlement du royaume-uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, et intitulé: *Acte pour réunir les provinces du Haut et du Bas Canada, et pour le gouvernement du Canada*, et il est par le présent statué par l'autorité susdite, que la septième section de l'acte passé dans la session du parlement provincial tenue dans les dixième et onzième années du règne de Sa Majesté, chapitre treize, intitulé: *Acte pour régler l'assignation des jurés dans le Bas-Canada*, et cette partie de la dix-neuvième section du même acte qui prescrit qu'il ne sera pas assigné plus de trente-six petits jurés dans aucune des sessions générales trimestrielles de la paix, seront, et les dites dispositions sont par le présent abrogées.

JURÉS EN MATIÈRES CRIMINELLES

Cinquièmement. Que sauf les exceptions ci-après, nul shérif ne sera tenu de rapporter une liste spéciale de petits-jurés pour la décision d'aucun procès criminel, nonobstant toute loi, usage ou coutume à ce contraire.

Sixièmement. Qu'à moins que la partie publique et le prévenu ne consentent que le jury soit composé exclusivement de personnes parlant l'anglais, ou de personnes parlant le français, ou à moins que le prévenu ne demande, en la manière et au temps ci-après prescrits, un jury composé, pour une moitié au moins, de personnes parlant sa langue (si cette langue est le français ou l'anglais), le jury sera composé des premières douze

twelve persons, who, being called from the General Panel shall appear, and shall not be lawfully challenged.

Seventhly. That so much of the Ordinance, passed in the twenty-seventh year of the Reign of His late Majesty, King George the Third, chaptered one, and intituled, *An Ordinance to regulate the proceedings in certain cases, in the Court of King's Bench, and to give the subject the benefit of Appeal from large Fines*, as provides that upon any trial by jury in Criminal cases, the defect of the panel in Petit Jurors, skilled in the language of the defence, may be supplied by a *tales*, shall be, and the same is hereby repealed; and in lieu thereof, Be it enacted—

Eighthly. That whenever any prosecuted party, upon being arraigned, demands a Jury composed for the one-half at least, of persons skilled in the language of his defence, if such language be either English or French, he shall be tried by a Jury composed, for the one half, at least, of the persons whose names stand first in succession upon the General Panel, and who, on appearing, and not being lawfully challenged, are found in the judgment of the Court to be skilled in the language of the defence.

Ninthly. And whenever from the number of challenges, or from any other cause, there is, in any such case, a deficiency of persons skilled in the language of the defence, the Court shall fix another day for the trial of such case, and the Sheriff shall supply the deficiency by summoning, for the day so fixed, such additional number of jurors skilled in the language of the defence as the Court may order, and as shall be found inscribed next in succession on the list of Petit Jurors.

JURY TRIALS IN CIVIL SUITS

Seventhly. That upon the unopposed demand of any party to any civil suit or action in which a trial by Jury may now be legally had, it shall be lawful for the Court or any two Judges thereof, to order that the Jurors to be summoned to try the issue or issues in such suit or action, shall be composed exclusively of persons speaking the English language or of persons speaking the French language, and if any such demand be opposed by any other party to any such suit or action, the said Court or Judges shall order that the Jurors to be summoned for such trial shall be composed in equal numbers of persons speaking the English language and of persons speaking the French language; and when a Jury *de medietate linguae* shall have been so ordered to be summoned, it shall not be lawful for either of the parties to strike from the list of Jurors prepared by the Pro-

personnes qui comparaitront lorsque leurs noms seront appelés, et qui ne seront pas légalement récusées.

Septièmement. Que cette partie de l'ordonnance passée dans la vingt-septième année du règne de feu Sa Majesté le Roi George Trois, chapitre un, et intitulée: *Ordonnance qui règle les formes de procéder dans de certains cas, en la cour du banc du Roi, et qui donne au sujet le bénéfice d'appel de fortes amendes*, qui prescrit que, lors d'un procès par jury en matière criminelle, il sera suppléé au nombre des petits-jurés entendant la langue du prévenu au moyen d'autres jurés (*by a tales*), sera et est par le présent abrogée; et au lieu d'icelle, qu'il soit statué—

Huitièmement. Que chaque fois que le prévenu, après avoir été mis en accusation, demandera un jury composé, pour moitié au moins, de personnes qui comprennent la langue du prévenu, pourvu que cette langue soit l'anglais ou le français, il sera jugé par un jury composé, pour moitié au moins, de personnes dont les noms se trouveront inscrits les premiers successivement sur la liste générale, et qui, après avoir comparu, et sans avoir été légalement récusées, seront considérées par la cour comprendre la langue du prévenu.

Neuvièmement. Et chaque fois que par suite du nombre des récusations, ou pour toute autre cause que ce soit, il ne se trouvera pas, en pareil cas, un nombre suffisant de personnes qui entendent la langue du prévenu, la cour fixera un autre jour pour l'audition du procès; et le shérif sera tenu de suppléer au déficit, en sommant pour le jour ainsi fixé, tel nombre additionnel de jurés comprenant la langue du prévenu, suivant que la cour l'ordonnera, et qui se trouveront inscrits à la suite sur la liste des petits-jurés.

PROCÈS PAR JURY EN MATIÈRES CIVILES

Septièmement. Que dans toute action ou poursuite civile dans laquelle on peut maintenant par la loi obtenir un procès par jury, il sera loisible à la cour ou à deux juges d'icelle, si l'autre partie ne s'y oppose pas, d'ordonner que les jurés qui seront assignés pour décider la contestation ou les contestations dans telle poursuite ou action, se composeront exclusivement de personnes parlant la langue anglaise ou de personnes parlant la langue française; et si la partie adverse, ou toute autre partie dans toute telle poursuite ou action, s'y oppose, la dite cour ou les dits juges ordonneront que les jurés que l'on devra assigner pour assister au procès, seront composés en égal nombre de personnes parlant la langue anglaise et de personnes parlant la langue française; et lorsqu'il aura été donné ordre d'assigner un jury de *medietate linguae*, il ne sera loisible ni à l'une ni à l'autre partie de

thonotary or Clerk, in any such case, the names of more than six persons speaking the English language and of six persons speaking the French language.

Eleventhly. That in any civil suit in which the services of a translator shall be necessary, the Court or the presiding Judge shall appoint a person competently skilled in the language to be translated, and shall allow to any such translator a reasonable compensation for his services, and the sum allowed to him shall form part of the costs of trial.

(Emphasis added.)

The procedure in the Court of Queen's Bench is set out in C.S.L.C. 1861, c. 77:

An Act respecting the Court of Queen's Bench.

28. All writs and process to be issued out of the said court in the exercise of its jurisdiction as a Court of Appeal and Error, shall be distinguished as being so issued, and shall run in the name of Her Majesty, Her Heirs or Successors, and shall be sealed with the seal of the said court, and signed by the clerk thereof or his deputy, whose duty it shall be to make out and prepare the same:

They shall not be tested in the name of any judge, but the words "in witness whereof we have caused the seal of our said court to be hereunto affixed," shall be instead of such *teste*;

No such writ or process shall be deemed void or voidable by reason of its having a wrong seal or no seal thereon, and every such writ and process may be either in the English or in the French language.

(Emphasis added.)

and in the Superior and Circuit Courts in C.S.L.C. 1861, c. 83:

An Act respecting the ordinary Procedure in the Superior and Circuit Courts.

HER Majesty, by and with the advice and consent of the Legislative Council and Assembly of Canada, enacts as follows:

IN THE SUPERIOR COURT.

Writs and Process.

1. All writs and process to be issued out of the Superior Court shall run in the name of Her Majesty, Her Heirs or Successors, and shall be sealed with the

retrancher de la liste des jurés, dressée par le protonotaire ou greffier en pareil cas, les noms de plus de six personnes parlant la langue anglaise, et de six personnes parlant la langue française.

Onzièmement. Que dans toute poursuite civile où l'on aura besoin des services d'un interprète, la cour ou le juge président nommera une personne ayant une connaissance suffisante de la langue qu'il s'agit d'interpréter, et allouera au dit interprète une rémunération raisonnable pour ses services, et la somme qui lui sera allouée formera partie des frais du procès.

(C'est moi qui souligne.)

La procédure en Cour du Banc de la Reine est énoncée à S.R.B.C. 1861, chap. 77:

Acte concernant la Cour du Banc de la Reine.

28. Tout bref et ordre qui émaneront de la dite cour, dans l'exercice de sa juridiction comme cour d'appel et de pourvoi pour erreur, porteront indication qu'ils ont ainsi émané, et seront au nom de Sa Majesté, Ses Héritiers ou Successeurs, et seront revêtus du sceau de la dite cour, et de la signature du greffier ou de son député, dont le devoir sera de les dresser et préparer:

Ils ne seront pas non plus attestés au nom d'un juge, mais les mots «en foi de quoi, nous y avons fait apposer le sceau de notre dite cour,» tiendront lieu de la dite attestation;

Aucun tel bref ou ordre ne sera censé nul ou annulable à raison de ce qu'il serait revêtu d'un mauvais sceau ou de ce qu'il n'en aurait pas du tout; et tout bref ou ordre pourra être dressé dans la langue anglaise ou française.

(C'est moi qui souligne.)

et celle dans la Cour supérieure et la Cour de circuit, à S.R.B.C. 1861, chap. 83:

Acte concernant la procédure ordinaire dans la Cour Supérieure et la Cour de Circuit.

Sa Majesté, par et de l'avis et du consentement du conseil législatif et de l'assemblée législative du Canada, décrète ce qui suit:

DANS LA COUR SUPÉRIEURE.

Brefs et pièces de procédure.

1. Tous brefs et pièces de procédure qui émaneront de la cour supérieure, seront au nom de Sa Majesté, Ses Héritiers ou Successeurs, et seront scellés du sceau de la

seal of the said court, and signed by the prothonotary for the district in which they issue, whose duty it shall be to make out and prepare the same; and they shall not be tested in the name of any judge, but the words "in witness whereof we have caused the seal of our said court to be hereunto affixed," shall be instead of such *teste*.

2. No such writ or process shall be deemed void or voidable by reason of its having a wrong seal or no seal thereon; and every such writ or process may be either in the English or in the French language; and if any affidavit be required before the issuing of any such writ or process, the prothonotary may receive such affidavit, and administer the necessary oath; but this shall not be construed to prevent any judge of the court from receiving such affidavit and administering such oath if he thinks fit.

(Emphasis added.)

Presumably the legislative concern with language disclosed by the foregoing legislative history is the "continuous practice going back almost to the beginning of the British rule" referred to by this Court in *Blaikie No. 2* at p. 330. In 1867, s. 133 of the *Constitution Act* carried forward the either/may language of the C.S.L.C. 1861, thus putting the historical concern with the status of both languages on a constitutional footing. Although the section does not spell out how the determination as to the appropriate language is to be made, the legislative history seems to me to demonstrate clearly that the focus of concern was meaningful access to the judicial system by users of both languages. The provisions in the early statutes dealing with the adequacy of notice, trial by a jury which could understand the defence, dual publication of writs in French and English language newspapers, the translation of unilingual statutes, the short-lived flirtation with official bilingualism, the provision for the appointment and payment of translators, and, particularly interesting, the very early provision in 1785 requiring the issuance of a summons *in the language of the defendant* all indicate that it was the needs of the persons subject to the court's process that was at the core of the various enactments, repeals and re-enactments. This is hardly surprising. It would appear to go without saying that a judicial system exists to meet the needs of the individual in society

dite cour et signés du protonotaire du district dans lequel ils émaneront, et dont le devoir sera de les dresser et préparer; et ils ne seront attestés au nom d'aucun juge, mais les mots «en foi de quoi nous y avons fait apposer le sceau de notre dite cour,» remplaceront cette attestation (*teste*).

2. Aucun tel bref ou procédure ne sera censé nul ou annulable faute d'un sceau régulier, et faute de tout sceau quelconque, et chacun de ces brefs ou pièces de procédure pourra être écrit soit dans la langue anglaise ou dans la langue française; et si un affidavit est nécessaire avant de donner les dites pièces de procédure, le protonotaire aura plein pouvoir de recevoir cet affidavit et d'administrer le serment nécessaire; mais cette dernière disposition n'aura pas l'effet d'empêcher aucun juge de la cour de recevoir cet affidavit et d'administrer ce serment s'il le juge convenable.

(C'est moi qui souligne.)

Il est probable que la préoccupation du législateur à l'égard de la langue, qui ressort de l'historique législatif ci-dessus, constitue la «pratique continue qui remonte presque au début du régime britannique» dont parle cette Cour dans l'arrêt *Blaikie n° 2*, à la p. 330. En 1867, l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle* a perpétué la faculté exprimée dans les lois des S.R.B.C. 1861, conférant ainsi à la préoccupation historique à l'égard du statut des deux langues un caractère constitutionnel. Bien que l'article ne spécifie pas comment faire le choix de la langue appropriée, l'historique législatif me semble démontrer clairement que la préoccupation principale était d'accorder aux citoyens des deux langues un accès réel au système judiciaire. Les dispositions des premières lois qui portent sur le caractère suffisant des avis, le procès entendu par un jury qui pouvait comprendre la défense, la double publication des brefs dans des journaux de langue française et de langue anglaise, la traduction des lois unilingues, le bref interlude de bilinguisme officiel, la disposition relative à la nomination et à la rémunération de traducteurs et, point le plus remarquable, la disposition adoptée dès 1785 qui exigeait la délivrance de sommations *dans la langue du défendeur*, tout indique que ce sont les besoins des justiciables des tribunaux qui furent l'élément déterminant des différentes adoptions, abrogations et nouvelles adoptions des lois. Cela n'est guère surprenant. Il va de soi qu'un

and is not an end in itself. Section 133, in my view, recognizes the linguistic duality in the Province of Quebec and assures both French and English speaking citizens that their linguistic rights will be protected by the state in a meaningful fashion.

6. The Content of the Duty

The finding of Meyer J. in the Superior Court that the obligation of the state is satisfied so long as either French or English is used fails to take account of the true purpose of the constitutional provision. It illustrates, in my view, how a narrow, literal interpretation of the section can totally defeat that purpose. A literal interpretation would not require the Quebec courts to deal with an English speaker in English and a French speaker in French but, in effect, would permit an English speaking litigant to be dealt with in French and a French speaking litigant to be dealt with in English. This is the antithesis of what was intended. The purpose of the constitutional guarantee was not to ensure that French and English would be the only two languages used in the province's courts and make it constitutionally impossible for a third language to achieve this status; its purpose, rather, would appear to be to put the two languages on an equal footing (see *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, *supra*, at p. 195) and afford protection to each of the two founding linguistic groups from the intrusion and ultimate dominance of the other: for a contrary view see Bayda C.J. in *Mercure v. Attorney General of Saskatchewan*, [1986] 2 W.W.R. 1. This purpose is not satisfied by imposing an obligation on the province to deal with an English speaker in either English or French. Indeed, the only type of obligation that can fulfil the purpose underlying s. 133 is one which requires the province's courts to deal with an English speaker in English and a French speaker in French. The words of Lord Wilberforce in *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1979] 3 All E.R. 21 (P.C.), come forcibly to mind. Constitutional documents, he said at p. 25 "... call for a generous interpretation avoiding what has been called 'the austerity of tabulated legalism', suitable

système judiciaire existe pour répondre aux besoins des membres d'une société et ne constitue pas une fin en soi. L'article 133 reconnaît, à mon avis, la dualité linguistique qui existe dans la province de Québec et garantit aux citoyens francophones et anglophones la protection efficace de leurs droits linguistiques par l'État.

b 6. La teneur de l'obligation

La conclusion du juge Meyer de la Cour supérieure, selon laquelle l'obligation de l'État est remplie dans la mesure où on a utilisé l'un ou l'autre de l'anglais ou du français, ne tient pas compte de l'objet véritable de la disposition constitutionnelle. Elle illustre, à mon avis, comment une interprétation littérale et étroite de l'article peut aller tout à fait à l'encontre de cet objet. Une interprétation littérale de l'article n'exigerait pas des tribunaux québécois qu'ils communiquent en anglais avec un anglophone et en français avec un francophone mais, en réalité, permettrait de communiquer en français avec un justiciable anglophone et en anglais avec un justiciable francophone. Cela est aux antipodes de l'objet visé. La garantie constitutionnelle n'a pas pour objet d'assurer que l'anglais et le français seront les seules langues utilisées devant les tribunaux de la province et de rendre impossible, du point de vue constitutionnel, qu'il en soit de même d'une troisième langue; elle semble plutôt avoir pour objet de mettre les deux langues sur un pied d'égalité (voir *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, précité, à la p. 195) et de protéger chacun des deux groupes linguistiques fondateurs de l'empiètement et finalement de la domination de l'autre: pour un point de vue contraire, voir le juge en chef Bayda dans l'arrêt *Mercure v. Attorney General of Saskatchewan*, [1986] 2 W.W.R. 1. On ne réalise pas cet objet en imposant à la province l'obligation de communiquer soit en anglais soit en français avec un anglophone. En réalité, le seul genre d'obligation qui peut permettre de réaliser l'objet qui sous-tend l'art. 133 est celle qui exige que les tribunaux de la province communiquent en anglais avec un anglophone et en français avec un francophone. Les paroles de lord Wilberforce dans l'arrêt *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1979] 3 All

to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to”.

It is submitted, however, by the respondent that such an interpretation of s. 133 is foreclosed by *Blaikie No. 1* in which the Court held that either language was acceptable. It follows that there can be no obligation on those administering the justice system to utilize bilingual court documents or provide translations of court documents into the other language. Meyer J. clearly accepted that result as flowing from *Blaikie No. 1*. Commenting on the example posed by Deschênes C.J.S.C.Q. that a Quebec judge, as an individual, has a right to produce his judgment in either French or English, this Court said at p. 1030:

It follows that the guarantee in s. 133 of the use of either French or English “by any person or in any pleading or process in or issuing from . . . all or any of the Courts of Quebec” applies to both ordinary Courts and other adjudicative tribunals. Hence, not only is the option to use either language given to any person involved in proceedings before the Courts of Quebec or its other adjudicative tribunals (and this covers both written and oral submissions) but documents emanating from such bodies or issued in their name or under their authority may be in either language, and this option extends to the issuing and publication of judgments or other orders.

I take no issue with this Court’s conclusion in *Blaikie No. 1* that under s. 133 documents, judgments and other materials issued by Quebec courts are valid in either language. It does not, however, follow from this that a French speaking litigant may be dealt with in English and an English speaking litigant in French. The purpose of the provision, it seems to me, goes beyond validating the use of both languages. It validates them for a reason and that reason is that the person before the Court will be dealt with in the language he or she understands. To say otherwise is to make a

E.R. 21 (C.P.), nous viennent forcément à l’esprit. Les textes constitutionnels, dit-il à la p. 25, [TRANSDUCTION] « . . . exigent une interprétation libérale afin d’éviter ce qu’on a appelé «l’austérité du juri-disme tabulaire» et de permettre aux particuliers de bénéficier pleinement des droits et libertés fon-damentaux mentionnés».

L’intimée soutient cependant qu’une telle inter-prétation de l’art. 133 n’est plus possible à cause de l’arrêt *Blaikie n° 1* dans lequel cette Cour a statué que l’une ou l’autre langue était acceptable. Il s’ensuit qu’il ne peut y avoir d’obligation pour ceux qui administrent le système judiciaire d’utili-ser des documents judiciaires bilingues ou de four-nir des traductions des documents judiciaires vers l’autre langue. Le juge Meyer a manifestement reconnu que c’était là le résultat de l’arrêt *Blaikie n° 1*. À propos de l’exemple donné par le juge en chef Deschênes de la Cour supérieure suivant lequel un juge du Québec a personnellement le droit de rédiger son jugement en français ou en anglais, cette Cour dit à la p. 1030:

Il s’ensuit que la garantie qu’accorde l’art. 133 quant à l’utilisation du français ou de l’anglais «dans toute plaidoirie ou pièce de procédure . . . par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec» s’appli-que tant aux cours ordinaires qu’aux autres organismes ayant pouvoir de rendre la justice. Ainsi, non seulement les parties à des procédures devant les cours du Québec ou ses autres organismes ayant pouvoir de rendre la justice (et cela comprend les plaidoiries écrites et orales) ont-elles le choix d’utiliser l’une ou l’autre langue, mais les documents émanant de ces organismes ou émis en leur nom ou sous leur autorité peuvent être rédigés dans l’une ou l’autre langue et ce choix s’étend au prononcé et à la publication des jugements ou ordonnances.

Je ne conteste pas la conclusion de la Cour dans l’arrêt *Blaikie n° 1* qu’en vertu de l’art. 133, les pièces, jugements et autres actes émanant des cours du Québec sont valides dans l’une ou l’autre langue. Il ne s’ensuit pas cependant que la cour peut communiquer en anglais avec un justiciable francophone et en français avec un justiciable anglophone. Il me semble que le but de la disposi-tion va au-delà de l’autorisation d’utiliser les deux langues. Elle autorise l’utilisation des deux langues pour une raison et cette raison est que la cour doit communiquer avec la personne qui s’y présente

mockery of the individual's language right. Regardless of whether a judge acting in his or her official capacity retains the right as an individual to write judgments in the language of his or her choice, this cannot, in my view, detract from the state's duty to provide a translation into the language of the litigant.

A purposive reading of s. 133 leads, I believe, inevitably to the conclusion that the state's obligation is not satisfied if its courts and their documents speak in either French or English without regard to the language of the litigant. *Blaikie No. 1* simply does not address this issue because it did not have to. The issue in that case was whether the provisions of the Quebec *Charter of the French Language* which made French the official language of the legislature and the courts of Quebec was *ultra vires* the legislature of Quebec in light of s. 133 of the *British North America Act, 1867*. The Court held that it was since on the plain meaning of s. 133 both languages were constitutionally entrenched and this could not be changed by unilateral act of the Quebec legislature. At no point, however, did the Court say that the plain meaning of s. 133 permitted a litigant to be dealt with in the courts of Quebec in the official language which he or she did not understand. On the contrary, the Court recognized that the litigant before the Court had the right to use either language, which presumably meant his or her own language. This was reaffirmed in *Blaikie No. 2*. The present case raises a different but related issue, namely whether or not under s. 133 the litigant must be dealt with in his or her own language and not in the other official language. With all due respect to those who think differently, I cannot read s. 133 as merely permitting the litigant to use the language he or she understands but allowing those dealing with him or her to use the language he or she does not understand. What kind of linguistic protection would that be?

dans la langue que cette personne comprend. Dire le contraire équivaut à tourner en dérision les droits linguistiques de la personne. Peu importe que le juge, agissant en sa qualité officielle, conserve le droit, comme personne, de rédiger des jugements dans la langue de son choix, cela ne peut, à mon sens, diminuer l'obligation de l'État de fournir une traduction dans la langue du justiciable.

Une analyse de l'objet de l'art. 133 amène, je crois, inévitablement à la conclusion que l'État ne satisfait pas à son obligation si ses tribunaux s'expriment ou rédigent leurs documents en anglais ou en français sans tenir compte de la langue du justiciable. L'arrêt *Blaikie n° 1* n'aborde tout simplement pas cette question parce qu'il n'avait pas à le faire. La question soulevée dans cette affaire était de savoir si les dispositions de la *Charte de la langue française* du Québec, qui faisaient du français la langue officielle de la législature et des tribunaux du Québec, étaient *ultra vires* de la législature du Québec en raison de l'art. 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. La Cour a statué qu'elles l'étaient puisque, d'après le sens manifeste de l'art. 133, les deux langues étaient enchâssées dans la Constitution et que cela ne pouvait être changé par un acte unilatéral de la législature du Québec. Cependant, la Cour ne dit nulle part que le sens manifeste de l'art. 133 permet aux tribunaux du Québec de communiquer avec un justiciable dans la langue officielle qu'il ne comprend pas. Au contraire, la Cour reconnaît que, devant le tribunal, le plaideur a le droit d'utiliser l'une ou l'autre langue, ce qui signifie probablement sa propre langue. Cela a été confirmé dans l'arrêt *Blaikie n° 2*. Le présent pourvoi soulève une question différente mais connexe, c.-à-d. celle de savoir si, en vertu de l'art. 133, il faut communiquer avec le justiciable dans sa propre langue et non dans l'autre langue officielle. Avec égards pour ceux qui sont de l'avis contraire, je ne puis interpréter l'art. 133 comme permettant simplement au justiciable d'utiliser la langue qu'il comprend, tout en permettant à ceux qui communiquent avec lui d'utiliser la langue qu'il ne comprend pas. Quelle sorte de protection linguistique cela constituerait-il?

It seems to me that *at a very minimum*, if the citizen X has the right to use his own language in the courts, the state has a correlative obligation not to interfere with his doing so. But if, as an English speaker, X is issued a summons in French, he is not *so far* being permitted to use his own language (even if he is *later* allowed to use English in court) for, unless X uses, not English, but French, he will not understand even that he is being summonsed. For that, he has to use French. X is therefore *so far at least* being interfered with in his right to use English. It is not enough therefore to impose the minimal correlative obligation on the state, a negative duty not to interfere with X's right to use his own language; it is necessary to impose a less minimal or greater correlative obligation on the state, a positive duty to accommodate his right.

The respondent, however, advances another argument. He says that s. 133 confers a constitutional right on the Province of Quebec to choose the language in which it wishes to administer its courts. This submission appears to have its roots in the case of *Walsh v. City of Montreal*, *supra*, and was adopted by Monnin J.A. (as he then was) in *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393 (Man. C.A.) In effect, it proceeds from the premise that the state too is a "person" within the meaning of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* (or, in *Bilodeau*, the identical provision, s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*). As a "person" the state would have a language right equivalent to that which *Blaikie No. 2* held that an individual had under the section. It should be noted that there is a significant conceptual difference between this approach and the approach taken by Meyer J. in the present case. While Meyer J.'s analysis was directed solely to the question of the extent of the obligation which the individual's language right imposes on the state, the basis of Monnin J.A.'s approach in *Bilodeau* is that "The

Il me semble que, si un citoyen quelconque a le droit de s'exprimer dans sa propre langue devant les tribunaux, l'État a, *à tout le moins*, l'obligation correspondante de ne pas l'empêcher de le faire. Mais si, étant anglophone, quelqu'un reçoit une sommation rédigée en français, on ne lui permet pas *alors* d'utiliser sa propre langue (même si *plus tard* on lui permet d'utiliser l'anglais devant le tribunal) parce que, à moins que cette personne n'utilise le français et non l'anglais, elle ne comprendra même pas qu'on lui adresse une sommation. Pour le faire, elle doit utiliser le français. En conséquence la personne est, *jusqu'à ce moment du moins*, empêchée de se prévaloir de son droit d'utiliser l'anglais. Il ne suffit donc pas d'imposer à l'État l'obligation correspondante minimale, c.-à-d. l'obligation de ne pas empêcher une personne de se prévaloir du droit d'utiliser sa propre langue; il faut imposer à l'État une obligation correspondante plus importante, une obligation positive de faire en sorte que son droit soit respecté.

L'intimée invoque cependant un autre argument. Elle affirme que l'art. 133 confère à la province de Québec le droit constitutionnel de choisir la langue dans laquelle elle veut administrer ses tribunaux. Cet argument paraît s'appuyer sur la décision *Walsh v. City of Montreal*, précitée, que le juge Monnin (plus tard Juge en chef du Manitoba) a suivie dans l'arrêt *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1981] 5 W.W.R. 393 (C.A. Man.) En réalité, cet argument procède de la prémisse que l'État est aussi une personne (*Person**) au sens de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (ou, dans l'affaire *Bilodeau*, au sens de la disposition analogue, l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*). À titre de personne, l'État aurait des droits linguistiques équivalant à ceux que le citoyen possède en vertu de cet article, selon l'arrêt *Blaikie n° 2*. Il faut souligner que, sur le plan conceptuel, il y a une différence importante entre ce point de vue et celui adopté par le juge Meyer en l'espèce. Tandis que l'analyse du juge Meyer porte uniquement sur la question de l'étendue de l'obligation que les droits linguistiques de la

* N.D.T.: Le terme «*Person*» que l'on trouve dans le texte anglais de l'article n'est pas rendu tel quel dans la version française du même article.

initiator of the proceedings [*i.e.* the state] also has linguistic rights and he may initiate them [proceedings] either in English or in French" (p. 409). The respondent takes this proposition one step further and asserts that any official documents and correspondence issued by the province's courts can be in the language of the province's choice and that the province has a linguistic right to be free from the burden of translation. If, in the words of Hugessen A.C.J. in *Walsh* at p. 299, the state becomes a "person" within the meaning of a section of the constitution conferring rights on all persons, the issue raised by the present case is the extent to which the state has a constitutional language right which cannot be restricted by the individual's language right.

With respect, I think the approach taken by Monnin J.A. overlooks a fundamental premise of constitutional law and theory. As Marshall C.J. said in *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), at p. 163, a constitutional system is a "government of laws, and not of men". Accordingly, the constitution limits the powers of government by conferring certain rights on individuals which are then "no longer vulnerable to legislative incursion": *per* Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, p. 349. As the Privy Council pointed out in *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571, in the absence of a constitutional limitation the state is unrestricted in its power. The constitution cannot properly be said to confer "rights" on a provincial government since the nature of governmental power is that it is unlimited except as limited by the constitution. Presumably therefore, in the absence of s. 133 the courts of Quebec could be administered in any language in the world. The constitutional right of any individual appearing in such courts to be heard in either English or French effectively restricts the province's power to choose the language in which its judicial proceedings are to be conducted. The proper analytic framework for this case, therefore, is to address the question of the extent to which the individual's constitution-

personne imposent à l'État, le fondement de l'analyse du juge Monnin dans l'arrêt *Bilodeau* procède de l'idée que [TRADUCTION] «Celui qui engage les procédures [c.-à-d. l'État] a également des droits linguistiques et il peut les engager [les procédures] soit en anglais soit en français» (p. 409). L'intimée pousse ce raisonnement plus loin et affirme que toute correspondance ou tout document officiel émanant des tribunaux de la province peut être dans la langue choisie par la province et que la province a le droit linguistique de ne pas être assujettie au fardeau de la traduction. Si, pour reprendre l'expression du juge en chef adjoint Hugessen dans la décision *Walsh* à la p. 299, l'État devient une personne au sens d'un article de la Constitution qui confère des droits à toutes les personnes, la question soulevée par l'espèce est de savoir dans quelle mesure l'État a, en vertu de la Constitution, des droits linguistiques qui ne peuvent être limités par ceux des citoyens.

Avec égards, je crois que le point de vue adopté par le juge Monnin ne tient pas compte d'un principe fondamental du droit et de la théorie en matière constitutionnelle. Comme l'affirme le juge en chef Marshall dans l'arrêt *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), à la p. 163, un régime constitutionnel est un [TRADUCTION] «gouvernement de lois et non d'hommes». En conséquence, la constitution limite les pouvoirs du gouvernement en conférant aux particuliers certains droits qui ne sont «plus susceptible[s] de modification par voie législative»: le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 349. Comme le souligne le Conseil privé dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571, en l'absence de restriction constitutionnelle, l'État n'est pas limité dans ses pouvoirs. On ne peut vraiment dire que la Constitution confère des «droits» à un gouvernement provincial puisqu'il est de la nature du pouvoir gouvernemental d'être illimité sauf dans la mesure où la Constitution le restreint. Il est donc probable qu'en l'absence de l'art. 133, les tribunaux du Québec pourraient être administrés dans n'importe quelle langue. Le droit constitutionnel de toute personne qui se présente devant ces tribunaux d'être entendue en anglais ou en français limite effectivement le pouvoir de la pro-

al right dictates a correlative constitutional duty on the part of the province and not the question of the extent to which the constitutional "right" of the province is controlled by the constitutional right of the individual.

The approach taken by Monnin J.A. in *Bilodeau* and Hugessen A.C.J. in *Walsh* seems to me, therefore, to be flawed from the point of view of constitutional theory and cannot form a proper basis for analysing the issue in the present case. While the position taken by Meyer J. in the Superior Court does not suffer from a conceptual flaw of this kind, it does not appear to me to recognize the extent of the state obligation which is correlative to the language right of the litigant under s. 133. Accordingly, although Meyer J.'s decision represents one possible answer to the question of constitutional interpretation raised by this case, it is not, in my view, adequate on the far-reaching question of what the state must do in order to give practical effect to the appellant's constitutional right. Indeed, it would seem to follow from the nature of the relationship between rights and duties that the scope of the state's obligation should be a precise function of the scope of the respective right of the person and should not, as the outcome of Meyer J.'s decision would suggest, fall so short of that right as to effectively undermine it.

As I stated earlier, my initial premise is that the essence of language is communication. Therefore at a minimum a linguistic right brings with it the notion of understanding and being understood. In a society that has, in recognition of its history, extended constitutional protection to two languages in the context of court proceedings, the state cannot usurp the individual's right to be dealt with in the language he or she understands.

In my view the initiating documents emanating from the court must as a minimum recognize and

vince de choisir la langue dans laquelle doivent se dérouler ses procédures judiciaires. La méthode d'analyse qu'il faut adopter en l'espèce consiste donc à se demander dans quelle mesure les droits constitutionnels des particuliers imposent des obligations constitutionnelles correspondantes à la province et non à se demander dans quelle mesure les «droits» constitutionnels de la province sont limités par les droits constitutionnels des particuliers.

Le point de vue adopté par le juge Monnin dans l'arrêt *Bilodeau* et par le juge en chef adjoint Hugessen dans la décision *Walsh* me semble donc imparfait du point de vue de la théorie constitutionnelle et ne peut servir de fondement convenable à l'analyse de la question soulevée par l'espèce. Bien que la position adoptée par le juge Meyer de la Cour supérieure ne soit pas entachée d'un tel vice de conception, elle ne me semble pas reconnaître l'étendue de l'obligation de l'État qui correspond aux droits linguistiques du justiciable en vertu de l'art. 133. En conséquence, bien que la décision du juge Meyer constitue une réponse possible à la question d'interprétation constitutionnelle soulevée par l'espèce, elle n'est pas à mon avis suffisante à l'égard de la question d'une portée considérable qui consiste à savoir ce que l'État doit faire pour rendre applicables en pratique les droits constitutionnels de l'appelant. En réalité, il semblerait découler de la nature des rapports entre les droits et les obligations que l'étendue de l'obligation de l'État devrait dépendre directement de celle du droit respectif de la personne et ne devrait pas, comme la décision du juge Meyer le laisse entendre, différer de ce droit au point de le miner en réalité.

Comme je l'ai dit plus tôt, j'ai posé comme prémisses fondamentales que la langue est une affaire de communication. En conséquence, un droit linguistique comporte au moins la notion de comprendre et d'être compris. Dans une société qui, par souci historique, accordé la protection constitutionnelle à deux langues relativement aux procédures judiciaires, l'État ne peut usurper le droit d'une personne de recevoir des communications dans la langue qu'elle comprend.

Selon moi, les documents introductifs d'instance émanant d'un tribunal doivent à tout le moins

accommodate the litigant's right to understand and be understood. The ideal form of compliance with the state's constitutional obligation would obviously be the issuance of bilingual documents. However, it is clear from the legislative history of s. 133 that something less than this has historically been considered adequate and the legislature did not see fit, when it enacted s. 133 and gave constitutional status to the litigant's linguistic right, to require the issuance of bilingual documents. I believe, therefore, that the state's obligation would be discharged by an addendum to the initiating document in the official language not used in the body of the document to put the recipient on notice that this is a directive from the Court commanding his or her appearance before it to respond to a charge and that translation into the other official language should be obtained by application to the appropriate court officials. I think this is consistent both with a purposive, as opposed to a literal, interpretation of s. 133 and with the legislative background from which the section sprang. Nor does it seem too onerous a duty to place upon the state.

7. The Constitutional Question

The constitutional question stated for the Court by Ritchie J. reads as follows:

Does a summons which is printed and published in the French language only and commands an English speaking person to appear before the Courts of Quebec offend the provisions of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, resulting in a total absence of jurisdiction of the Court to proceed against him?

For the reasons given I would answer that such a summons does offend s. 133. It remains to consider whether a violation of the litigant's linguistic right under s. 133 goes to the jurisdiction of the Court.

In my view it does. It was clearly established in *Blaikie No. 1* that the linguistic rights contained in s. 133 are entrenched rights in the sense that they cannot be diminished by the unilateral action of any of the legislative bodies to which they apply. This entrenched status is now reinforced through the amending procedures in the *Constitution Act*,

reconnaître et respecter le droit du justiciable de comprendre et d'être compris. La façon idéale de respecter l'obligation constitutionnelle de l'État consisterait manifestement à délivrer des documents bilingues. Cependant, il est clair, d'après l'historique législatif de l'art. 133, qu'on a, au cours de l'histoire, jugé suffisant de faire moins et que le législateur n'a pas cru bon, en adoptant l'art. 133 et en accordant un statut constitutionnel aux droits linguistiques des justiciables, d'exiger la délivrance de documents bilingues. J'estime donc que l'obligation de l'État serait remplie en ajoutant au document introductif d'instance une note rédigée dans la langue officielle autre que celle utilisée pour le corps du document, informant le destinataire qu'il s'agit d'une ordonnance du tribunal lui enjoignant de comparaître devant lui pour répondre à une accusation, et que la traduction dans l'autre langue officielle est disponible sur demande adressée au fonctionnaire compétent du tribunal. Je crois que cela est conforme à une interprétation fondée sur l'objet, et non pas littérale, de l'art. 133 et au contexte législatif dont l'article découle. Cela ne semble pas non plus imposer une obligation trop onéreuse à l'État.

7. La question constitutionnelle

La question constitutionnelle que le juge Ritchie a formulée au nom de la Cour est la suivante:

La sommation qui est imprimée et publiée en français seulement et qui ordonne à une personne anglophone de comparaître devant les cours du Québec est-elle contraire aux dispositions de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, privant ainsi totalement la cour de compétence à son égard?

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de répondre qu'une telle sommation est contraire à l'art. 133. Il reste à examiner si une atteinte aux droits linguistiques que l'art. 133 confère aux justiciables a pour effet de priver la cour de compétence.

J'estime que oui. L'arrêt *Blaikie n° 1* établit clairement que les droits linguistiques garantis par l'art. 133 sont des droits enchâssés en ce sens qu'ils ne peuvent être restreints unilatéralement par aucun des corps législatifs auxquels ils s'appliquent. Cet enchâssement est maintenant renforcé grâce à la procédure de modification énoncée dans

1982. Indeed, it has been suggested that linguistic rights because of the amending procedures are now at the peak of the constitutional pyramid coming ahead of the "fundamental" freedoms set out in s. 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They are in this sense "doubly entrenched": see André Tremblay, "The Language Rights" (Ss. 16 to 23), in Tarnopolsky and Beaudoin (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), at pp. 445-46.

Furthermore, although it has not been necessary for the purpose of this case to address the issue raised by the appellant from the point of view of due process, there are evident parallels between what I have articulated as the core value protected by s. 133 and the guarantees of fairness accorded by common law natural justice, s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 7 of the *Charter*. It could be argued that s. 133, by requiring notice of judicial proceedings in whichever of the two official languages the recipient speaks, provides an extra dimension to the analysis of the adequacy of notice under those various doctrines and instruments. In addition, because of its constitutional stature, s. 133 also reinforces the tendency of the courts to treat breaches of procedural fairness as amounting to jurisdictional error. Lord Reid in *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), stated at p. 80:

Time and again in the cases I have cited it has been stated that a decision given without regard to the principles of natural justice is void . . . I see no reason to doubt these authorities. The body with the power to decide cannot lawfully proceed to make a decision until it has afforded to the person affected a proper opportunity to state his case.

And in *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268, which dealt with the question whether a Magistrate's refusal to allow defence counsel to cross-examine a witness amounted to jurisdictional error Laskin C.J.C. stated at pp. 271-72:

In speaking of lack of jurisdiction, this Court was not referring to lack of initial jurisdiction of a judge or a

la *Loi constitutionnelle de 1982*. En fait, on a laissé entendre qu'en raison de cette procédure de modification les droits linguistiques se situent maintenant au sommet de la pyramide constitutionnelle et viennent avant les libertés «fondamentales» énoncées à l'art. 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En ce sens, il y a «double enchâssement» de ces droits: voir André Tremblay, «Les droits linguistiques» dans Beaudoin et Tarnopolsky (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), à la p. 563.

En outre, bien qu'il n'ait pas été nécessaire pour les fins de l'espèce d'examiner la question soulevée par l'appelant relativement à la question de l'équité en matière de procédure, il y a des parallèles évidents entre ce que j'ai appelé la valeur fondamentale garantie par l'art. 133 et les garanties d'équité conférées par la notion de justice naturelle en *common law*, l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* et l'art. 7 de la *Charte*. On pourrait soutenir qu'en exigeant la notification au justiciable des procédures judiciaires dans celle des deux langues officielles qu'il parle, l'art. 133 apporte une autre dimension à l'analyse du caractère suffisant de la notification en vertu de ces différents principes et textes. De plus, à cause de son caractère constitutionnel, l'art. 133 accentue la tendance des tribunaux à considérer les manquements à l'équité en matière de procédure comme des erreurs portant atteinte à la compétence. Dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), lord Reed dit à la p. 80:

[TRADUCTION] Dans les affaires que j'ai citées, on a dit et redit que les décisions qui ne tiennent pas compte des principes de justice naturelle sont nulles . . . Je ne vois aucune raison de mettre en doute cette jurisprudence. L'organisme détenant le pouvoir de décision ne peut légalement rendre une décision avant d'avoir donné à la personne intéressée l'occasion de présenter convenablement sa défense.

Puis dans l'arrêt *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268, qui porte sur la question de savoir si le refus d'un magistrat de laisser l'avocat de la défense contre-interroger un témoin constitue une erreur qui porte atteinte à la compétence, le juge en chef Laskin dit aux pp. 271 et 272:

En parlant du défaut de compétence, cette Cour ne faisait pas référence au défaut de compétence initial du

magistrate to enter upon a preliminary inquiry. This is hardly a likelihood. The concern rather was with the loss of this initial jurisdiction and, in my opinion, the situations in which there can be a loss of jurisdiction in the course of a preliminary inquiry are few indeed. However, jurisdiction will be lost by a magistrate who fails to observe a mandatory provision of the *Criminal Code*: see *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597. Canadian law recognizes that a denial of natural justice goes to jurisdiction: see *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140.

Finally, Robins J.A. in *Re Potma and The Queen* (1983), 2 C.C.C. (3d) 383, discussed the effect of a breach of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* in the following manner at pp. 393-94:

Secondly, there is the procedural question of whether *certiorari* and prohibition lie in this case. Eberle J. characterized the impugned ruling as one respecting the admissibility of evidence but not affecting the trial judge's jurisdiction, and accordingly held that relief was not available by way of prerogative writ. Before this court, the Crown did not seek to dispose of the appeal on that basis and concurred in the appellant's submission that the issue of fundamental fairness of process raised by this application, like denial of natural justice, goes to the question of jurisdiction: *Forsythe v. The Queen* (1980), 53 C.C.C. (2d) 225, 112 D.L.R. (3d) 385, [1980] 2 S.C.R. 268; *A.-G. Que. v. Cohen* (1979), 46 C.C.C. (2d) 473, 97 D.L.R. (3d) 193, [1979] 2 S.C.R. 305; *Alliance des Professeurs Catholiques de Montreal v. Quebec Labour Relations Board et al.* (1953), 107 C.C.C. 183, [1953] 4 D.L.R. 161, [1953] 2 S.C.R. 140; *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488, 31 C.R.N.S. 247, [1976] 3 W.W.R. 196, and *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 41 C.C.C. 308, 87 D.L.R. (3d) 634, 20 O.R. (2d) 455. In light of that position and, particularly, since the procedure in this case follows the course taken in *Duke v. The Queen* (1972), 7 C.C.C. (2d) 474, 28 D.L.R. (3d) 129, [1972] S.C.R. 917, I would not give effect to Eberle J.'s conclusion on this point.

The case before this Court likewise raises an issue of fundamental fairness of process in that it deals directly with the language of process in terms of the litigant's ability to understand and be under-

juge ou du magistrat de commencer une enquête préliminaire. C'est un cas peu probable. Il s'agissait plutôt de la perte de cette compétence initiale et, à mon avis, il n'y a que fort peu de cas où il peut y avoir perte de compétence pendant une enquête préliminaire. Cependant, un magistrat perdra compétence s'il omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel*: voir l'arrêt *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597. Le droit canadien reconnaît qu'un déni de justice naturelle porte atteinte à la compétence: voir l'arrêt *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des relations de travail du Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140.

Enfin, dans *Re Potma and The Queen* (1983), 2 C.C.C. (3d) 383, aux pp. 393 et 394, le juge Robins aborde ainsi les conséquences d'un manquement à la justice fondamentale visée à l'art. 7 de la *Charte*:

[TRADUCTION] Deuxièmement, il y a la question de procédure, savoir s'il y a lieu à *certiorari* et prohibition en l'espèce. Le juge Eberle a qualifié la décision contestée de décision relative à la recevabilité de la preuve, mais qui ne touche pas à la compétence du juge du procès, et a en conséquence statué que le redressement sous forme de bref de prérogative ne s'appliquait pas. En cette cour, la poursuite n'a pas cherché à faire trancher l'appel en fonction de cela, mais s'est dite d'accord avec la prétention de l'appelant que la question d'équité fondamentale en matière de procédure soulevée par la présente demande, comme le déni de justice naturelle, touche la question de compétence: *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268, (1980) 53 C.C.C. (2d) 225, 112 D.L.R. (3d) 385; *Proc. gén. (Qué.) c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305, (1979) 46 C.C.C. (2d) 473, 97 D.L.R. (3d) 193; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board et al.*, [1953] 2 R.C.S. 140, (1953) 107 C.C.C. 183, [1953] 4 D.L.R. 161; *R. v. Norgren* (1975), 27 C.C.C. (2d) 488, 31 C.R.N.S. 247, [1976] 3 W.W.R. 196, et *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 41 C.C.C. 308, 87 D.L.R. (3d) 634, 20 O.R. (2d) 455. Vu cette prise de position et, en particulier, puisque la procédure en l'espèce suit le même cheminement que dans l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, (1972) 7 C.C.C. (2d) 474, 28 D.L.R. (3d) 129, je suis d'avis de ne pas appliquer la conclusion du juge Eberle sur ce point.

L'espèce soulève aussi une question d'équité fondamentale en matière de procédures en ce qu'elle porte directement sur la langue des procédures, sous l'aspect de la capacité du justiciable de com-

stood. Indeed, the minimum requirement imposed by s. 133 on the courts is not only a reflection of the historical and social background leading up to its enactment in the *Constitution Act, 1867* but is also a function of the basic need for fairness in the court's process.

In summary, because of the entrenched status of s. 133 rights, the aspect of due process which is contained in my delineation of their content, and the fact that their denial in this instance was inherent in and a result of the very process to which the appellant was subject, I would conclude that any court proceeding in which a litigant is deprived of his or her linguistic rights under s. 133 is a proceeding conducted without jurisdiction. It follows therefore that the Municipal Court of the City of Montréal had no jurisdiction to proceed against the appellant on the basis of the summons.

8. Disposition of the Appeal

I would make the following order:

(1) that the appeal be allowed and the judgment of the Court of Appeal of Quebec, pronounced on December 3, 1982, be set aside;

(2) that the judgment of the Superior Court, Criminal Division, pronounced on September 30, 1982, be set aside;

(3) that the judgment of the Municipal Court of the City of Montréal dated March 24, 1982, convicting the appellant of an offence against s. 41A of By-law 1319 of the City, be set aside;

(4) that the Municipal Court of the City of Montréal be prohibited from proceeding further to hear and determine the charge against the appellant until such time as there has been furnished to him an authentic translation, duly certified by that Court, into the English language, of the summons dated February 25, 1981, or of any amended or substituted summons.

(5) that the constitutional question be answered as follows:

Question: Does a summons which is printed and published in the French language only and commands an English speaking person to

prendre et d'être compris. En réalité, l'exigence minimale qu'impose aux tribunaux l'art. 133 ne fait pas que traduire le contexte social et historique qui a amené son adoption dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais elle découle aussi du besoin fondamental d'équité dans le processus judiciaire.

En résumé, vu l'enchâssement des droits conférés par l'art. 133, vu l'aspect d'équité en matière de procédures que l'on trouve dans la description que j'ai donnée du contenu de ces droits et étant donné que leur négation en l'espèce a nécessairement découlé de l'acte de procédure même auquel l'appellant a été assujéti, je suis d'avis de conclure que toute procédure judiciaire qui prive un justiciable des droits linguistiques que lui confère l'art. 133 est une procédure tenue sans compétence. Il s'ensuit donc que la Cour municipale de la ville de Montréal n'avait pas compétence pour procéder contre l'appelant en vertu de la sommation.

8. Conclusion

Je suis d'avis de rendre l'ordonnance suivante:

(1) le pourvoi est accueilli et l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Québec le 3 décembre 1982 est annulé;

(2) la décision de la division criminelle de la Cour supérieure rendue le 30 septembre 1982 est annulée;

(3) le jugement de la Cour municipale de la ville de Montréal rendu le 24 mars 1982, déclarant l'appellant coupable d'une infraction à l'art. 41A) du règlement 1319 de la Ville, est annulé;

(4) il est interdit à la Cour municipale de la ville de Montréal de procéder à l'instruction de l'accusation portée contre l'appellant tant qu'elle ne lui aura pas fourni une traduction authentique, qu'elle aura dûment attestée, en langue anglaise, de la sommation du 25 février 1981 ou de toute sommation modifiée ou de remplacement;

(5) la Cour répond à la question constitutionnelle de la façon suivante:

Question: La sommation qui est imprimée et publiée en français seulement et qui ordonne à une personne anglophone de comparaître

appear before the Courts of Quebec offend the provisions of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, resulting in a total absence of jurisdiction of the Court to proceed against him?

Answer: Yes.

I would award the appellant his costs throughout.

Appeal dismissed with costs, WILSON J. b dissenting.

Solicitor for the appellant: Walter J. Roustan, Montréal.

Solicitor for the respondent: Neuville Lacroix, Montréal.

Solicitor for the intervener the Société franco-manitobaine: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Solicitor for the intervener Alliance Quebec, Alliance for Language Communities in Quebec: Stephen A. Scott, Montréal.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Réal-A. Forest and Lucie Angers, Ste-Foy.

devant les cours du Québec est-elle contraire aux dispositions de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, privant ainsi totalement la cour de compétence à son égard?

^a Réponse: Oui.

Je suis d'avis d'accorder à l'appelant ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge WILSON est dissidente.

Procureur de l'appelant: Walter J. Roustan, Montréal.

^c *Procureur de l'intimée: Neuville Lacroix, Montréal.*

Procureur de l'intervenante la Société franco-manitobaine: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

^d *Procureur de l'intervenante Alliance Québec, Alliance pour les communautés linguistiques au Québec: Stephen A. Scott, Montréal.*

^e *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Réal-A. Forest et Lucie Angers, Ste-Foy.

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. and the Association des conseillers scolaires francophones du Nouveau-Brunswick *Appellants*;

and

Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch *Respondent*;

and

Minority Language School Board No. 50 *Mis en cause*;

and

Attorney General of Canada and Attorney General for New Brunswick *Interveners*.

File No.: 18781.

1984: December 4, 5; 1986: May 1.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Courts — Jurisdiction — Inherent jurisdiction of the Court of Appeal of New Brunswick — Court of Appeal granting applications for leave to appeal and for an extension of time to appeal — Applications made by a person not a party to the original action — Whether Court of Appeal had jurisdiction to grant the applications — Whether the Court of Appeal exercised its discretion in a judicial manner — Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2 as amended, ss. 8(2), 21.

Courts — Judges — Language requirements — New Brunswick Court of Appeal — French language competence of appeal judge challenged — Level of understanding required of the Bench — Judges to determine their own linguistic competence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 19(2) — Official Languages of New Brunswick Act, R.S.N.B. 1973, c. O-1, s. 13(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Official languages of Canada — Proceedings in courts — Content of litigant's right to use either English or French in any court of New Brunswick — Whether this right comprises the right to be heard and understood by the court regardless of the official language used —

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et l'Association des conseillers scolaires francophones du Nouveau-Brunswick *Appelantes*;

^a et

Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch *Intimée*;

^b et

Minority Language School Board No. 50 *Mis en cause*;

^c et

Procureur général du Canada et Procureur général du Nouveau-Brunswick *Intervenants*.

^d N° du greffe: 18781.

1984: 4, 5 décembre; 1986: 1^{er} mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

^e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Tribunaux — Compétence — Compétence inhérente de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick — Demandes d'autorisation d'appel et de prorogation du délai d'appel accordées par la Cour d'appel — Demandes émanant d'une personne non partie à l'action initiale — La Cour d'appel avait-elle compétence pour accorder les demandes? — La Cour d'appel a-t-elle exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire? — Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2 et modifications, art. 8(2), 21.

^h *Tribunaux — Juges — Exigences linguistiques — Cour d'appel du Nouveau-Brunswick — Contestation de la compétence en français d'un juge de la Cour d'appel — Niveau de compréhension que doivent posséder les juges — Il appartient aux juges de décider de leur propre compétence linguistique — Charte canadienne des droits et libertés, art. 19(2) — Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1, art. 13(1).*

^j *Droit constitutionnel — Charte des droits — Langues officielles du Canada — Procédures devant les tribunaux — Contenu du droit des plaideurs d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick — Ce droit comporte-t-il le droit d'être entendu et compris par le tribunal indépendamment de*

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 14, 16, 19, 20, 27 — *Official Languages of New Brunswick Act*, R.S.N.B. 1973, c. O-1, s. 13(1).

Appellants brought an action seeking declaratory and injunctive relief against the mis en cause to prevent it from offering immersion programs to French-speaking students in its English schools. The New Brunswick Court of Queen's Bench delivered a judgment—later clarified in two subsequent decisions—in favour of the appellants but refused to issue the injunction. The mis en cause, despite pressure from parents of the students who would have enrolled in the program, decided not to appeal the judgment as clarified. The parents created the respondent Association and made applications for leave to appeal the judgment and for an extension of the appeal period. Prior to the hearing before Stratton J.A. in the Court of Appeal, the appellants requested that the matter be heard by a bilingual judge as some of the presentations were to be made in French. Stratton J.A. acceded to the request and referred the matter to another judge who decided that the matter had to be dealt with by a panel of the Court. A panel of three, Stratton J.A. presiding, granted respondent's applications. Hence this appeal to determine (1) whether the New Brunswick Court of Appeal had inherent jurisdiction to grant leave to appeal when the person seeking leave was not a party to the original action and was applying out of time, and if so, whether it exercised its discretion properly; and (2) whether s. 19(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* entitles a party in a court of New Brunswick to be heard by a court, the member or members of which are capable of understanding the proceedings, the evidence and the arguments, written and oral, regardless of the official language used by the parties.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *The Jurisdictional Issue*

Per curiam: There is no basis for this Court to interfere with the Court of Appeal's decision to grant respondent's applications for leave to appeal and for an extension of time for appealing. The New Brunswick Court of Appeal had inherent jurisdiction under s. 8(2) of the *Judicature Act* to grant leave to appeal to a non-party. The jurisdiction of the Court of Appeal with respect to practice and procedure is, except as modified by legislation, essentially that exercised by the High

la langue officielle utilisée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 14, 16, 19, 20, 27 — *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1, art. 13(1).

Les appelantes ont intenté une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction qui auraient empêché le mis en cause d'offrir des programmes d'immersion aux élèves francophones de ses écoles anglaises. La Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a rendu un jugement—par la suite clarifié dans deux autres décisions—en faveur des appelantes, mais a refusé de prononcer une injonction. Malgré les pressions exercées par les parents des élèves qui se seraient inscrits au programme, le mis en cause a décidé de ne pas porter en appel le jugement tel qu'il avait été clarifié. Les parents ont créé l'Association intimée et ont déposé des demandes visant à obtenir d'une part l'autorisation d'en appeler du jugement en question et d'autre part la prorogation du délai d'appel. Avant l'audience devant le juge Stratton de la Cour d'appel, les appelantes ont demandé que l'affaire soit entendue par un juge bilingue vu qu'une partie des plaidoiries devait se faire en français. Le juge Stratton a accédé à cette demande et a renvoyé l'affaire à un autre juge qui a décidé qu'une formation de la cour devait en être saisie. Une formation de trois juges présidée par le juge Stratton, a fait droit aux demandes de l'intimée. D'où le présent pourvoi visant à déterminer (1) si la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick est investie d'une compétence inhérente pour faire droit à une demande d'autorisation d'appel lorsque l'auteur de la demande n'était pas une partie à l'action initiale et que la demande a été présentée hors délai et, dans l'affirmative, si elle a exercé son pouvoir discrétionnaire correctement; et (2) si le par. 19(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère à une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) *La question de la compétence*

La Cour: Rien ne justifie la Cour à intervenir dans la décision de la Cour d'appel de faire droit aux demandes de l'intimée visant à obtenir l'autorisation d'appel et la prorogation du délai d'appel. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick possède une compétence inhérente en vertu du par. 8(2) de la *Loi sur l'organisation judiciaire* pour accorder l'autorisation d'appel à une personne non partie à l'instance. La compétence de la Cour d'appel en matière de pratique et de procédure est,

Court of Chancery in England. A review of the cases of that Court indicates that in a proper case the practice of the Court was to permit a grant of leave to appeal to a person not a party to an action. The Court of Appeal, under its Rules of Court, also had jurisdiction to grant the application for an extension of time. Such jurisdiction was also present in the early chancery practice in the case of an application for leave to appeal brought by a non-party and the present rules did not affect that jurisdiction. No one factor or group of factors was determinative of how the Chancery Court would exercise its discretion in a given situation; rather, it was a combination of the relevant factors. In the present case, the Court of Appeal, acting within its jurisdiction, took into consideration all the relevant factors and granted the applications. It exercised its discretion in a judicial manner and its decision is not subject to appeal for error.

Cases Cited

Re Securities Insurance Co., [1894] 2 Ch. 410; *Re Padstow Total Loss and Collision Assurance Association* (1882), 20 Ch. D. 137; *Gwynne v. Edwards* (1845), 9 Beav. 22; *Re Madras Irrigation and Canal Co.*; *Wood v. Madras Irrigation and Canal Co.* (1883), 23 Ch. D. 248; *Re Markham* (1880), 16 Ch. D. 1; *DuMoulin v. Langtry* (1886), 13 S.C.R. 258; *DuMoulin v. Langtry* (1885), 11 O.A.R. 544; *Re Henderson and Township of West Nissouri* (1911), 23 O.L.R. 651; *Fussel v. Dowding* (1884), 27 Ch. D. 237; *Curtis v. Sheffield* (1882), 21 Ch. D. 1; *Re Manchester Economic Building Society* (1883), 24 Ch. D. 488; *Cairns v. Cairns*, [1931] 4 D.L.R. 819; *Re Wigfull & Sons', Lim. Trade Mark* (1918), 88 L.J. Ch. 30; *The Queen v. E. & A. Leduc Ltée*, [1955] Ex. C.R. 286; *Bank of Nova Scotia v. Brown* (1967), 40 N.B.R. (2d) 245; *Lane v. Esdaile*, [1891] A.C. 210; *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639; *MacDonald v. City of Montréal*, [1986] 1 S.C.R. 460, referred to.

(2) *The Constitutional Issue*

Per Beetz, Estey, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ.: The principles of natural justice as well as s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act* entitle a party pleading in a court of New Brunswick to be heard by a court, the member or members of which are capable by any reasonable means of understanding the proceedings, the evidence and the arguments, written and oral, regardless of the official language used by the

sauf dans les cas où elle a été modifiée par voie législative, essentiellement celle qu'exerçait la High Court of Chancery d'Angleterre. À l'examen de sa jurisprudence, on constate que, chaque fois que cela était approprié, cette dernière cour accordait l'autorisation d'appel à une personne qui n'avait pas été partie à l'action. Les Règles de procédure de la Cour d'appel l'autorisent aussi à faire droit à une demande de prorogation de délai. Cette compétence, qui existait très tôt dans la pratique des cours de chancellerie pour les demandes d'autorisation d'appel présentées par des personnes non parties à l'instance, n'a pas été modifiée par les règles actuelles. La manière dont la cour de chancellerie allait exercer son pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée ne tenait pas à un facteur en particulier ni à un groupe de facteurs; cela dépendait plutôt d'une combinaison des facteurs pertinents. En l'espèce, la Cour d'appel, agissant dans les limites de sa compétence, a pris en considération tous les facteurs pertinents et a fait droit aux demandes. Elle a exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire et sa décision ne saurait faire l'objet d'un pourvoi pour cause d'erreur.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Re Securities Insurance Co.*, [1894] 2 Ch. 410; *Re Padstow Total Loss and Collision Assurance Association* (1882), 20 Ch. D. 137; *Gwynne v. Edwards* (1845), 9 Beav. 22; *Re Madras Irrigation and Canal Co.*; *Wood v. Madras Irrigation and Canal Co.* (1883), 23 Ch. D. 248; *Re Markham* (1880), 16 Ch. D. 1; *DuMoulin v. Langtry* (1886), 13 R.C.S. 258; *DuMoulin v. Langtry* (1885), 11 O.A.R. 544; *Re Henderson and Township of West Nissouri* (1911), 23 O.L.R. 651; *Fussel v. Dowding* (1884), 27 Ch. D. 237; *Curtis v. Sheffield* (1882), 21 Ch. D. 1; *Re Manchester Economic Building Society* (1883), 24 Ch. D. 488; *Cairns v. Cairns*, [1931] 4 D.L.R. 819; *Re Wigfull & Sons', Lim. Trade Mark* (1918), 88 L.J. Ch. 30; *The Queen v. E. & A. Leduc Ltée*, [1955] R.C. de l'É. 286; *Bank of Nova Scotia v. Brown* (1967), 40 N.B.R. (2d) 245; *Lane v. Esdaile*, [1891] A.C. 210; *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460.

(2) *La question constitutionnelle*

Les juges Beetz, Estey, Chouinard, Lamer et Le Dain: Les principes de justice naturelle ainsi que le par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* confèrent à une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont, par des moyens raisonnables, en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales,

parties. But no such entitlement can be derived from s. 19(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The rights guaranteed by s. 19(2) with respect to the courts of New Brunswick are of the same nature and scope as those guaranteed by s. 133 of the *Constitution Act, 1867* with respect to the courts of Canada and the courts of Quebec. The language of s. 19 was clearly and deliberately borrowed from s. 133 and should be similarly construed. These rights are essentially language rights unrelated to and not to be confused with the requirements of natural justice. They vest in the speaker or in the writer or issuer of court processes and give the speaker or the writer the constitutionally protected power to speak or to write in the official language of his choice. But there is no language guarantee, either under s. 133 of the *Constitution Act, 1867* or s. 19 of the *Charter*, that the speaker will be heard or understood, or that he has the right to be heard or understood in the language of his choice.

This interpretation of s. 19(2) does not offend s. 16 of the *Charter* which contains a principle of advancement in the equality of status or use of the two official languages. The principle of advancement is linked with the legislative process referred to in s. 16(3) and the legislative process, unlike the judicial one, is a political process particularly suited to the advancement of rights founded on political compromise.

The common law right of the parties to be heard and understood by a court and the right to understand what is going on in court is not a language right but an aspect of the right to a fair hearing. This right belongs to the category of rights which in the *Charter* are designated as legal rights and protected at least in part by provisions such as those of ss. 7 and 14. It would constitute an error to import the requirements of natural justice into language rights, or to relate one type of right to the other. Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle. Some of them, such as the one expressed in s. 7 of the *Charter*, are so broad as to call for frequent judicial determination. Language rights, on the other hand, although some of them have been enlarged and incorporated into the *Charter*, remain nonetheless founded on political compromise. This essential difference between the two types of rights dictates a distinct judicial approach with respect to each. More particularly, the courts should pause before they decide to act as instruments of change with respect to

indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties. Mais aucun droit de ce genre ne peut découler du par. 19(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les droits que garantit le par. 19(2) à l'égard des tribunaux du Nouveau-Brunswick sont de même nature et portée que ceux garantis par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui concerne les tribunaux du Canada et ceux du Québec. Les termes de l'art. 19 ont été empruntés clairement et délibérément à l'art. 133 et doivent recevoir la même interprétation. Ces droits sont essentiellement des droits linguistiques qui n'ont aucun rapport avec les exigences de justice naturelle et qui ne doivent pas être confondus avec celles-ci. Ils appartiennent à l'orateur, au rédacteur ou à l'auteur des actes de procédure d'un tribunal, et ils confèrent à l'orateur ou au rédacteur le pouvoir, consacré dans la Constitution, de parler ou d'écrire dans la langue officielle de leur choix. Toutefois, ni l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni l'art. 19 de la *Charte* ne garantissent que la personne qui parle sera entendue ou comprise dans la langue de son choix ni ne lui confèrent le droit de l'être.

Cette façon d'interpréter le par. 19(2) ne va pas à l'encontre de l'art. 16 de la *Charte*, qui contient un principe de progression vers l'égalité de statut ou d'usage des deux langues officielles. Ce principe de progression est lié au processus législatif mentionné au par. 16(3) et le processus législatif est, à la différence du processus judiciaire, un processus politique qui se prête particulièrement bien à l'avancement des droits fondés sur un compromis politique.

Le droit qu'ont les parties en *common law* d'être entendues et comprises par un tribunal et leur droit de comprendre ce qui se passe dans le prétoire est non pas un droit linguistique mais plutôt un aspect du droit à un procès équitable. Ce droit relève de la catégorie de droits que la *Charte* qualifie de garanties juridiques et il est protégé, du moins en partie, par des dispositions comme les art. 7 et 14. Ce serait une erreur que de rattacher les exigences de la justice naturelle aux droits linguistiques ou de relier un genre de droit à un autre. À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. Certaines d'entre elles, par exemple celle énoncée à l'art. 7 de la *Charte*, sont formulées de manière si large que les tribunaux seront souvent appelés à les interpréter. D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la *Charte*, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique. Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon

language rights. This is not to say that language rights provisions are cast in stone and should remain immune altogether from judicial interpretation. But the courts should approach them with more restraint than they would in construing legal rights.

Finally, it is not possible to conclude that Stratton J.A. was disqualified. In the absence of any system of testing, it is for the judge to assess in good faith and in as objective a manner as possible, his level of understanding of the language of the proceedings. Here, it cannot be inferred, from Stratton J.A.'s accession to counsel's request that he refer the applications to a bilingual judge, that he necessarily agreed with the appellants that his degree of understanding of the French language was inadequate. From his conduct it may be inferred that he considered that he had an adequate understanding of the French language to sit on the case in accordance with the requirements of natural justice and of s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act*. The fact that counsel did not raise the issue of Stratton J.A.'s competence to sit on the merits of the applications is very significant.

Per Dickson C.J.: The constitutional question must be answered in the affirmative. Section 19(2) of the *Charter* provides to litigants the right to use the official language of their choice in proceedings before any court of New Brunswick. This right includes not only the right to make oral and written submissions in the language chosen by the individual but also, to make this right meaningful, the right to be understood by the judge or judges hearing the case, whether directly or through other means. To decide otherwise would be to give a narrow reading to the constitutional and fundamental right to use the official language of one's choice in the court. Such a result would be inconsistent with this Court's liberal construction of language rights and would frustrate the broad remedial purpose of the language guarantees provided in the *Charter*. Section 16, which provides specific modalities to achieve the equality of status of the two official languages, is a strong indicator of that purpose. By adopting ss. 16 to 22, the federal government of Canada and New Brunswick have demonstrated their commitment to official bilingualism within their respective jurisdictions. Although language rights in the courts are conceptually distinct from fair hearing rights, there is a certain degree of overlap

distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques.

b Finalement, il n'est pas possible de conclure à l'incompétence du juge Stratton. À défaut d'un système de tests, un juge doit, de bonne foi et de la manière la plus objective possible, évaluer lui-même son niveau de compréhension de la langue des procédures. En l'espèce, on ne saurait déduire de la décision du juge Stratton d'acquiescer à la demande de l'avocat et de renvoyer les demandes à un juge bilingue qu'il a nécessairement partagé l'avis des appelantes quant à l'insuffisance de sa compréhension du français. On peut déduire de sa conduite qu'il a jugé qu'il comprenait assez bien le français pour instruire l'affaire d'une manière conforme aux exigences de justice naturelle et du par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*. Le fait que les avocats n'aient pas contesté la compétence du juge Stratton pour juger au fond les demandes est très révélateur.

Le juge en chef Dickson: La question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative. Le paragraphe 19(2) de la *Charte* reconnaît aux plaideurs le droit d'employer la langue officielle de leur choix dans les procédures devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick. Ce droit comporte non seulement le droit de présenter des observations orales et écrites dans la langue choisie par le justiciable, mais aussi, pour qu'il ait un sens, celui d'être compris, soit directement, soit par d'autres moyens, par le juge ou les juges saisis de l'affaire. Toute autre conclusion reviendrait à donner une interprétation restrictive au droit constitutionnel fondamental d'employer la langue officielle de son choix devant les tribunaux. Un tel résultat serait incompatible avec l'interprétation libérale donnée aux droits linguistiques par cette Cour et ferait échec aux objets réparateurs généraux des garanties linguistiques prévues par la *Charte*. L'article 16, qui prévoit des modalités précises pour la réalisation de l'égalité de statut des deux langues officielles, constitue un indice très révélateur de cet objet. En adoptant les art. 16 à 22, le gouvernement fédéral et le gouvernement du Nouveau-Brunswick ont démontré leur engagement à réaliser le bilinguisme officiel dans leurs ressorts respectifs. Même si le concept des droits linguistiques devant les tribunaux est distinct de celui des droits à un procès équitable, ils se chevauchent jusqu'à un certain

between them. Both are concerned in part with effective communication between adjudicator and litigant.

On the facts of the present case, s. 19(2) of the *Charter* was not violated. It cannot be inferred from Stratton J.A.'s decision to refer the case to a bilingual judge that he was incompetent to hear submissions in French. Moreover, where there is no clear evidentiary basis to support the allegations of incompetence — in this case, two conflicting affidavits — good faith must be presumed on the part of judges. Therefore, in the absence of any objection at the time of the hearing to the presence of Stratton J.A. on the panel and in the absence of convincing evidence, it must be assumed that Stratton J.A. had sufficient knowledge of French to understand the submissions made by the appellants.

Per Wilson J.: There is no doubt that the constitutional question must be answered in the affirmative. Judges who sit on a case must be able to understand the proceedings, the evidence and the arguments regardless of whether the case was being heard in English or in French. This, indeed, is a requirement of due process. The protection afforded by s. 19(2), however, was intended to do more than duplicate the pre- and post-*Charter* entitlement to rudimentary fairness. The legislative context of s. 19, in particular s. 16, and the existing jurisprudence on linguistic rights developed under s. 133 of the *Constitution Act, 1867* support that view. In fact, given Canada's fundamental commitment to the equal status of the two official languages contained in s. 16 of the *Charter* and the principle of gradual progression towards the ultimate goal of bilingualism implied by that commitment, the content of a litigant's right under s. 19 cannot be perceived as static but as gradually expanding over the years to meet increasing social expectations. The courts cannot define *in futuro* what is going to be required from time to time to satisfy the litigant's language right but they can determine *ex post facto* whether or not it was satisfied in a particular case. At the present time, to make the litigant's linguistic right meaningful in the context of the court's process, the judge's level of comprehension must go beyond a mere literal understanding of the language used by counsel. It must be such that the full flavour of the argument can be appreciated. The judge is the sole arbiter of his level of comprehension and he must determine that level in good faith and in as objective a

point. Les deux sont en partie liés à la nécessité d'assurer une communication efficace entre le juge et le plaideur.

Compte tenu des faits de la présente espèce, il n'y a pas eu de violation du par. 19(2) de la *Charte*. On ne saurait déduire de la décision du juge Stratton de renvoyer l'affaire à un juge bilingue qu'il était incompetent pour entendre des arguments en français. De plus, en l'absence d'une preuve manifeste à l'appui des allégations d'incompétence—en l'espèce, deux affidavits contradictoires—on doit présumer que les juges ont agi de bonne foi. Par conséquent, vu qu'on ne s'est pas opposé lors de l'audience à ce que le juge Stratton fasse partie de la formation et vu l'absence d'une preuve convaincante, il faut tenir pour acquis que le juge Stratton connaissait suffisamment le français pour pouvoir comprendre les observations des appelantes.

Le juge Wilson: Il ne fait pas de doute que la question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative. Les juges qui siègent dans une affaire doivent pouvoir comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, peu importe que l'audience se déroule en français ou en anglais. Il s'agit là en réalité d'une exigence posée par le principe de l'équité dans les procédures judiciaires. Toutefois, la garantie énoncée au par. 19(2) vise à faire plus que reprendre simplement le droit à l'équité élémentaire qui existait avant l'adoption de la *Charte* et qui a continué d'exister après son adoption. Le contexte législatif de l'art. 19, en particulier l'art. 16, et la jurisprudence en matière de droits linguistiques relevant de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* étaient ce point de vue. En fait, étant donné l'engagement fondamental du Canada à assurer l'égalité de statut des deux langues officielles, énoncé à l'art. 16 de la *Charte*, et le principe d'une évolution progressive vers le but ultime du bilinguisme, qui découle implicitement de cet engagement, le contenu du droit que confère aux plaideurs l'art. 19 ne saurait être considéré comme statique; au contraire, sa portée ira en s'élargissant au cours des années, devant un public de plus en plus exigeant. Les tribunaux ne peuvent définir ce que nécessitera dans l'avenir le respect des droits linguistiques des plaideurs, mais ils peuvent déterminer *ex post facto* si, dans un cas donné, il y a eu violation de ces droits. À l'heure actuelle, pour que les droits linguistiques des plaideurs aient un sens dans le contexte des procédures devant les tribunaux, le degré de compréhension d'un juge doit aller plus loin que la simple compréhension littérale de la langue utilisée par l'avocat. Il doit être en mesure d'apprécier tout le sens d'un argument. Il n'appartient qu'aux juges de décider de leur niveau de compréhension, et ce, de la manière la plus objective possible et avec autant de bonne foi que

manner as possible. Such determination can be challenged but only on the basis of proof.

In the case at bar, in the absence of evidence to the contrary, it must be assumed that Stratton J.A. applied this standard to himself and concluded that he met it. The inference that he considered his level of understanding of the French language inadequate cannot be drawn from the fact that he acceded to counsel's request to refer the applications for leave to appeal and for an extension of time to appeal to a bilingual judge. Rather he responded with sensitivity to the concern expressed by counsel, a concern not repeated before the panel of three.

Section 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act* does not formulate a standard higher than the one found in s. 19(2). Section 13(1) provides that a litigant shall not be disadvantaged by his language choice. In order to take advantage of the protection afforded by that section, a litigant must not only assert the disadvantage, he must establish it. This has not been done in this case.

Cases Cited

By Beetz J.

MacDonald v. City of Montréal, [1986] 1 S.C.R. 460, applied; *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, referred to.

By Dickson C.J.

Jones v. Attorney General of New Brunswick, [1975] 2 S.C.R. 182; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Mercure v. Attorney General of Saskatchewan*, [1986] 2 W.W.R. 1; *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454; *Paquette v. R. in Right of Canada*, [1985] 6 W.W.R. 594; *Robin v. Collège de Saint-Boniface* (1984), 30 Man. R. (2d) 50; *MacDonald v. City of Montréal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1986] 1 S.C.R. 449, referred to.

possible. Une telle décision peut être contestée, mais seulement si l'on produit des éléments de preuve à l'appui.

Dans la présente affaire, en l'absence d'éléments de preuve contraires, on doit présumer que le juge Stratton a appliqué ce critère à son propre cas pour conclure qu'il y satisfaisait. On ne saurait déduire de sa décision d'acquiescer à la demande de l'avocat et de renvoyer à un juge bilingue les demandes d'autorisation d'appel et de prorogation du délai d'appel, qu'il a considéré que sa compréhension du français était insuffisante. Il a plutôt fait preuve de tact face aux doutes exprimés par l'avocat, lesquels n'ont pas été réitérés devant la formation de trois juges.

Le paragraphe 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* n'établit pas une norme plus sévère que celle énoncée au par. 19(2). Le paragraphe 13(1) dispose qu'un plaideur ne doit pas être défavorisé en raison de la langue qu'il a choisie. Pour se prévaloir de la protection offerte par ce dernier paragraphe, le plaideur doit non seulement alléguer qu'il a été défavorisé, mais encore il doit le prouver, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par le juge Beetz

Arrêt appliqué: *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; arrêt mentionné: *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182.

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts mentionnés: *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Mercure v. Attorney General of Saskatchewan*, [1986] 2 W.W.R. 1; *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454; *Paquette v. R. in Right of Canada*, [1985] 6 W.W.R. 594; *Robin v. Collège de Saint-Boniface* (1984), 30 Man. R. (2d) 50; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449.

By Wilson J.

Air Canada v. Joyal, [1982] C.A. 39, 134 D.L.R. (3d) 410, rev'g [1976] C.S. 1211; *Association des Gens de l'Air du Québec Inc. v. Lang*, [1977] 2 F.C. 22, aff'd [1978] 2 F.C. 371; *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *Attorney General of Ontario v. Reale*, [1975] 2 S.C.R. 624; *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Miller v. The Queen*, [1970] S.C.R. 214; *Veuillette v. The King* (1919), 58 S.C.R. 414; *Rural Municipality of De Salaberry v. Robidoux*, Man. Prov. Ct., June 8, 1981; *R. v. Mercure*, [1981] 4 W.W.R. 435 (Sask. Prov. Ct.), aff'd [1986] 2 W.W.R. 1 (Sask. C.A.); *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454; *Paquette v. R. in Right of Canada*, [1985] 6 W.W.R. 594; *Robin v. Collège de Saint-Boniface* (1984), 30 Man. R. (2d) 50 (C.A.), aff'g (1984), 28 Man. R. (2d) 301 (Q.B.), referred to.

Statutes and Regulations Cited

Act for the Improvement of the Practice in the Court of Chancery, 1839 (N.B.), 2 Vict., c. 35, s. XIII.
Act relating to the administration of Justice in Equity, 1854 (N.B.), 17 Vict., c. 18, ss. 1, 2.
Act Respecting Practice and Proceedings in Supreme Court in Equity, 1890 (N.B.), c. 4, s. 131.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 27.
Constitution Act, 1867, s. 133.
Constitution Act, 1982, ss. 41, 43, 52, 55.
Judicature Act, R.S.N.B. 1927, c. 113, ss. 8(1), 23.
Judicature Act, R.S.N.B. 1952, c. 120, ss. 8(2), 23.
Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2, ss. 1 [am. 1978 (N.B.), c. 32, s. 1(b)], 2(1) [rep. & subs. 1978 (N.B.), c. 32, s. 2; am. 1979 (N.B.), c. 36, s. 1], 8(2) [rep. & subs. 1978 (N.B.), c. 32, s. 8; am. 1979 (N.B.), c. 36, s. 1], 21.
Judicature Act, 1906, 1906 (N.B.), c. 37, ss. 3, 6, 19, 20.
Judicature Act, 1909, 1909 (N.B.), c. 5, ss. 3, 15.
Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 2.
Official Languages (Documents) Regulation, (N.B.) Reg. 76-47.
Official Languages of New Brunswick Act, R.S.N.B. 1973, c. O-1, ss. 2, 13(1), 13(1.1) [added 1982 (N.B.), c. 47, s. 1], 15 [rep. & subs. 1975 (N.B.), c. 42, s. 2].
Rules of Court of New Brunswick (1982), Rules 1.04 "Court", 3.02, 9, 15, 62.03, 62.21.
Schools Act, R.S.N.B. 1973, c. S-5.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Air Canada c. Joyal*, [1982] C.A. 39, 134 D.L.R. (3d) 410, infirmant [1976] C.S. 1211; *Association des Gens de l'Air du Québec Inc. c. Lang*, [1977] 2 C.F. 22, confirmé [1978] 2 C.F. 371; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Procureur général de l'Ontario c. Reale*, [1975] 2 R.C.S. 624; *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Miller c. La Reine*, [1970] R.C.S. 214; *Veuillette v. The King* (1919), 58 R.C.S. 414; *Rural Municipality of De Salaberry v. Robidoux*, C. prov. Man., 8 juin 1981; *R. v. Mercure*, [1981] 4 W.W.R. 435 (C. prov. Sask.), confirmé [1986] 2 W.W.R. 1 (C.A. Sask.); *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454; *Paquette v. R. in Right of Canada*, [1985] 6 W.W.R. 594; *Robin v. Collège de Saint-Boniface* (1984), 30 Man. R. (2d) 50 (C.A.), confirmant (1984), 28 Man. R. (2d) 301 (B.R.)

Lois et règlements cités

Act for the Improvement of the Practice in the Court of Chancery, 1839 (N.-B.), 2 Vict., chap. 35, art. XIII.
Act relating to the administration of Justice in Equity, 1854 (N.-B.), 17 Vict., chap. 18, art. 1, 2.
Act Respecting Practice and Proceedings in Supreme Court in Equity, 1890 (N.-B.), chap. 4, art. 131.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 27.
Judicature Act, R.S.N.B. 1927, chap. 113, art. 8(1), 23.
Judicature Act, R.S.N.B. 1952, chap. 120, art. 8(2), 23.
Judicature Act, 1906, 1906 (N.-B.), chap. 37, art. 3, 6, 19, 20.
Judicature Act, 1909, 1909 (N.-B.), chap. 5, art. 3, 15.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 41, 43, 52, 55.
Loi scolaire, L.R.N.-B. 1973, chap. S-5.
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2, art. 1 [mod. 1978 (N.-B.), chap. 32, art. 1b)], 2(1) [abr. et rempl. 1978 (N.-B.), chap. 32, art. 2; mod. 1979 (N.-B.), chap. 36, art. 1], 8(2) [abr. et rempl. 1978 (N.-B.), chap. 32, art. 8; mod. 1979 (N.-B.), chap. 36, art. 1], 21.
Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, chap. O-2, art. 2.
Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1, art. 2, 13(1), 13(1.1) [ajouté 1982 (N.-B.), chap. 47, art. 1], 15 [abr. et rempl. 1975 (N.-B.), chap. 42, art. 2].
Règlement sur les langues officielles (traduction de documents), Règl. du N.-B. 76-47.
Règles de procédure du Nouveau-Brunswick (1982), règles 1.04 «Cour», 3.02, 9, 15, 62.03, 62.21.

Authors Cited

- Barristers' Society of New Brunswick, Final Report. *Committee on Integration of the Two Official Languages in the Practice of Law*, 1981.
- Canada, Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. *Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Book I, *The Official Languages*, Ottawa, Queen's Printer, 1967.
- Daniell's Chancery Practice*, vols. I & II, 8th ed. by S. E. Williams and F. Guthrie-Smith, London, Stevens & Sons Ltd., 1914.
- Gautron, A. "French/English Discrepancies in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1982), 12 *Man. L.J.* 220.
- Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Current Legal Problems* 23.
- Katz, L. "Are There Constitutionally Guaranteed Language Rights in Criminal Code Proceedings" (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 545.
- Magnet, J. E. "The Charter's Official Languages Provisions: The Implications of Entrenched Bilingualism" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 163.
- New Brunswick, Official Languages Branch. Report of the Task Force on Official Languages, *Towards Equality of the Official Languages in New Brunswick*, Fredericton, 1982.
- Smith, J. S. *A Practice of the Court of Chancery*, London, William G. Benning & Co., 1855.
- Supreme Court Practice*, 1985, vol. 1 by Jack I. H. Jacob ed. in chief, London, Sweet & Maxwell Ltd. and Stevens & Sons Ltd., 1984.
- Tremblay, A. "L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques" (1983), 13 *Man. L.J.* 651.
- Tremblay, A. "The Language Rights (Ss. 16 to 23)" in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, Toronto, Carswells, 1982.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1984), 8 D.L.R. (4th) 238, 54 N.B.R. (2d) 198, 140 A.P.R. 198, granting respondent's applications for leave to intervene and to appeal a judgment of Richard C.J.Q.B. (1983), 48 N.B.R. (2d) 361, 126 A.P.R. 361 (clarified) (1983), 50 N.B.R. (2d) 41, 131 A.P.R. 41; (1983), 51 N.B.R. (2d) 219, 134 A.P.R. 219). Appeal dismissed.

Maurice F. Bourque and Robert Décarý, for the appellants.

Doctrine citée

- Association des avocats du Nouveau-Brunswick, Rapport final. *Comité sur l'intégration des deux langues officielles à la pratique du droit*, 1981.
- ^a Canada, Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Livre I, *Les langues officielles*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967.
- ^b *Daniell's Chancery Practice*, vols. I & II, 8th ed., by S. E. Williams and F. Guthrie-Smith, London, Stevens & Sons Ltd., 1914.
- Gautron, A. «French/English Discrepancies in the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1982), 12 *Man. L.J.* 220.
- ^c Jacob, I. H. «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Current Legal Problems* 23.
- Katz, L. «Are There Constitutionally Guaranteed Language Rights in Criminal Code Proceedings» (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 545.
- ^d Magnet, J. E. «The Charter's Official Languages Provisions: The Implications of Entrenched Bilingualism» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 163.
- Nouveau-Brunswick, Direction des langues officielles. Rapport du groupe d'étude sur les langues officielles, *Vers l'égalité des langues officielles au Nouveau-Brunswick*, Fredericton, 1982.
- Smith, J. S. *A Practice of the Court of Chancery*, London, William G. Benning & Co., 1855.
- Supreme Court Practice*, 1985, vol. 1 by Jack I. H. Jacob ed. in chief, London, Sweet & Maxwell Ltd. and Stevens & Sons Ltd., 1984.
- ^f Tremblay, A. «L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques» (1983), 13 *Man. L.J.* 651.
- Tremblay, A. «Les droits linguistiques» dans G.-A. Beaudoin et W. S. Tarnopolsky éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

^h POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1984), 8 D.L.R. (4th) 238, 54 R.N.-B. (2d) 198, 140 A.P.R. 198, qui a fait droit aux demandes de l'intimée visant à obtenir l'autorisation d'intervenir et d'en appeler d'un jugement du juge en chef Richard de la Cour du Banc de la Reine (1983), 48 R.N.-B. (2d) 361, 126 A.P.R. 361 (clarifié) (1983), 50 R.N.-B. (2d) 41, 131 A.P.R. 41; (1983), 51 R.N.-B. (2d) 219, 134 A.P.R. 219). Pourvoi rejeté.

^j *Maurice F. Bourque et Robert Décarý*, pour les appelantes.

John C. Friel, for the respondent.

Alban Garon, Q.C., and *Roger Roy*, for the interveners the Attorney General of Canada.

Bruce Judah, for the interveners the Attorney General for New Brunswick.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I agree with my colleagues, Beetz and Wilson J.J. in dismissing the appeal. I adopt the reasoning of Wilson J. on the issues relating to the inherent jurisdiction of the New Brunswick Court of Appeal and its exercise of discretion. On the constitutional question, I am of the view that an affirmative response should be given.

The constitutional question was stated as follows:

Does s. 19(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* entitle a party pleading in a court of New Brunswick to be heard by a court, the members of which are capable of understanding the proceedings, the evidence and the arguments, written and oral, regardless of the official language used by the parties?

I

The Factual Context

The facts giving rise to the litigation and the motion for leave to appeal by a non-party are summarized by Wilson J. I shall confine my review of the facts to those which are pertinent to the constitutional question. The appellants, the Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. and the Association des conseillers scolaires francophones du Nouveau-Brunswick, allege that their constitutional language rights were infringed when Stratton J.A., whose comprehension of French is contested, heard an application for leave to appeal as part of a panel of three judges. The hearing took place in both French and English. The appellants contend that Stratton J.A. did not have sufficient French language abilities to sit on the case.

John C. Friel, pour l'intimée.

Alban Garon, c.r., et *Roger Roy*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF—Je suis d'accord avec mes collègues les juges Beetz et Wilson pour rejeter ce pourvoi. Je fais mien le raisonnement du juge Wilson sur les questions relatives à la compétence inhérente de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et à l'exercice par celle-ci de son pouvoir discrétionnaire. Pour ce qui est de la question constitutionnelle, je suis d'avis qu'on doit y répondre par l'affirmative.

La question constitutionnelle a été ainsi formulée:

Le paragraphe 19(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère-t-il à une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties?

I

Le contexte factuel

Les faits à l'origine du litige et de la requête présentée par une personne non partie à l'instance en vue d'obtenir l'autorisation de pourvoi sont résumés par le juge Wilson. Je m'en tiens donc à un examen des faits qui se rapportent à la question constitutionnelle. Les appelantes, la Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et l'Association des conseillers scolaires francophones du Nouveau-Brunswick allèguent que les droits linguistiques que leur garantit la Constitution ont été violés lorsque le juge Stratton, dont la compréhension du français est mise en doute, a entendu en tant que membre d'une formation de trois juges une demande d'autorisation d'appel. L'audience s'est déroulée à la fois en français et en anglais. Or, les appelantes soutiennent que le juge Stratton n'était pas assez compétent en français pour instruire l'affaire.

Initially, the application was scheduled to be heard by Stratton J.A. alone. At the outset of the hearing of the motion, the appellants requested that the matter be heard by a bilingual judge. Stratton J.A. acceded to this request and referred the matter to Angers J.A. When Angers J.A. decided that the matter should be heard by a panel of three judges, Stratton J.A. sat as one of the panel members along with Angers and La Forest J.J.A., despite his earlier decision not to hear the case alone. At the time of the hearing before the panel, the appellants did not object to Stratton J.A.'s appearance on the bench.

II

The Interpretation of S. 19(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms

The specific *Charter* provision relied on by the appellants is s. 19(2), which provides:

19. (1) ...

(2) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick.

The question we must answer is whether the right to choose which language to use in court includes the right to be understood by the judge or judges hearing the case. In the context of this appeal we need not resolve all of the ancillary issues which will arise under s. 19. In particular, we need not determine whether the assistance of interpreters or simultaneous translation would meet the requirement that a litigant be understood by the court. Stratton J.A. did not rely on the assistance of either. No evidence was adduced as to the effectiveness of interpreters or of simultaneous translation, in the context of s. 1 of the *Charter* or otherwise. No argument was addressed to this point and indeed counsel specifically requested that the Court refrain from deciding this issue in this case. Thus, we need only consider whether s. 19(2) gave the litigants in this case a right to be fully understood by the panel of three judges, including Stratton J.A.

Initialement, la demande devait être entendue par le juge Stratton seul. Toutefois, au début de l'audition de la requête, les appelantes ont demandé qu'un juge bilingue en soit saisi. Le juge Stratton a accédé à cette demande et a renvoyé l'affaire au juge Angers qui a décidé qu'elle devait être déférée à une formation de trois juges. Cette formation se composait non seulement des juges Angers et La Forest mais aussi du juge Stratton, et ce malgré sa décision antérieure de ne pas entendre l'affaire seul. Au moment de l'audience devant ladite formation, les appelantes ne se sont pas opposées à la présence du juge Stratton.

II

L'interprétation du par. 19(2) de la Charte canadienne des droits et libertés

Les appelantes s'appuient sur le par. 19(2) de la *Charte*, dont voici le texte:

19. (1) ...

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

La question à laquelle nous devons répondre est de savoir si le droit de choisir la langue qui sera utilisée devant un tribunal comporte le droit d'être compris par le juge ou les juges saisis de l'affaire. Dans le présent pourvoi, il ne nous est pas nécessaire de résoudre toutes les questions accessoires qui découleront de l'art. 19. En particulier, nous n'avons pas à déterminer si le recours à des interprètes ou à la traduction simultanée satisferait à l'exigence qu'un plaideur soit compris par le tribunal. Le juge Stratton ne s'est prévalu de ni l'une ni l'autre possibilité. Aucune preuve n'a été produite relativement à l'efficacité d'interprètes ou de la traduction simultanée dans le contexte de l'article premier de la *Charte* ou de toute autre disposition. Ce point n'a pas été abordé au cours des débats et, en fait, les avocats ont demandé expressément que la Cour s'abstienne de se prononcer sur cette question en l'espèce. Nous pouvons donc nous en tenir à un examen de la question de savoir si le par. 19(2) conférerait aux plaideurs dans la présente affaire le droit d'être parfaitement compris par la formation de trois juges, y compris le juge Stratton.

In interpreting *Charter* provisions, this Court has firmly endorsed a purposive approach: see, for example, *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357 at pp. 366-68; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 at pp. 155-56; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at p. 344; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 at pp. 499-500. To give effect to a purposive approach in the language context, it is important to consider the constitutional antecedents of the *Charter* language protections, the cardinal values and purpose of the guarantees, the words chosen to articulate the rights, the character and larger objects of the *Charter*, and the purpose and meaning of other relevant *Charter* rights and freedoms. It is to this task that I now turn.

(a) Pre-Charter Language Protections

It has been suggested that because of the similarity of the language in s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and s. 19(2) of the *Charter* the jurisprudence under the former will be influential in determining the outcome of *Charter* litigation. The actual wording of s. 19(2) parallels in part s. 133.

I wish to make three preliminary observations with respect to the usefulness of s. 133 case law in interpretation of the *Charter* language guarantees. First, the specific issue to be resolved in the case at bar has not been decided in the context of s. 133 and related provisions; there is considerable litigation in courts across Canada on this very question. See *Mercure v. Attorney General of Saskatchewan*, [1986] 2 W.W.R. 1 (Sask. C.A.), leave to appeal granted by this Court, January 27, 1986; *Robin v. Collège de Saint-Boniface* (1984), 30 Man. R. (2d) 50 (C.A.); *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454 (Sask. Q.B.); *Paquette v. R. in Right of Canada*, [1985] 6 W.W.R. 594 (Alta. Q.B.) It is not within the scope of this case to give a definitive interpretation to s. 133 and related

En interprétant les dispositions de la *Charte*, cette Cour a approuvé sans réserve une méthode qui consiste à examiner l'objet visé: voir, par exemple, *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 366 à 368; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 155 et 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 499 et 500. Dans le contexte linguistique, pour tenir vraiment compte de l'objet visé, il importe de prendre en considération les dispositions constitutionnelles antérieures aux garanties linguistiques de la *Charte*, les valeurs fondamentales véhiculées par ces garanties et l'objet de ces dernières, les termes choisis pour énoncer les droits en question, la nature de la *Charte* et ses objets généraux, ainsi que l'objet et le sens d'autres libertés et droits pertinents garantis par la *Charte*. C'est ce que je me propose de faire maintenant.

a) Les garanties linguistiques antérieures à la Charte

On a laissé entendre qu'en raison de la similitude qui existe entre le texte de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et celui du par. 19(2) de la *Charte*, la jurisprudence relative au premier article mentionné influera sur l'issue des litiges relevant de la *Charte*. En fait, le par. 19(2) reprend en partie les termes de l'art. 133.

Je me permets de formuler trois observations préliminaires sur l'utilité que peut avoir la jurisprudence relative à l'art. 133 dans l'interprétation des garanties linguistiques de la *Charte*. En premier lieu, la question en litige en l'espèce n'a pas déjà été tranchée dans le contexte de l'art. 133 et de dispositions connexes; de plus, elle fait l'objet d'un grand nombre de litiges devant les tribunaux au Canada. Voir *Mercure v. Attorney General of Saskatchewan*, [1986] 2 W.W.R. 1 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi accordée par cette Cour le 27 janvier 1986; *Robin v. Collège de Saint-Boniface* (1984), 30 Man. R. (2d) 50 (C.A.); *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454 (B.R. Sask.); *Paquette v. R. in Right of Canada*, [1985] 6 W.W.R. 594 (B.R. Alb.) Nous ne sommes pas appelés en l'espèce à donner une interprétation définitive à l'art. 133 et aux dispositions connexes

provisions *vis-à-vis* the language rights of litigants. I leave that debate to another day.

Secondly, despite the similarity between s. 133 and s. 19(2), we are dealing with different constitutional provisions enacted in different contexts. In my view, the interpretation of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* is not determinative of the interpretation of *Charter* provisions.

Finally, although the specific issue raised in this appeal has not been decided in a s. 133 context, there is much to be learned about the general approach adopted by this Court to constitutional language protections from a review of the jurisprudence under s. 133 and related provisions. The full text of s. 133 reads:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

(Emphasis added.)

The first decision of note is *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, in which the Court concluded that s. 133 did not preclude the conferring of additional rights or privileges beyond those provided in s. 133. The Court thereby adopted a liberal interpretive approach which would enhance the protection of language rights by endorsing supplementary statutory reform. In analyzing the limited rights conferred in s. 133, Laskin C.J. also held, at p. 193, that it provided, *inter alia*, a constitutionally based right to any person to use English or French in any pleading in any federally established court or any court of Quebec.

portant sur les droits linguistiques des plaideurs. Pour cela, il faudra attendre une autre occasion.

En deuxième lieu, malgré la similitude de l'art. 133 et du par. 19(2), nous avons affaire à des dispositions constitutionnelles différentes adoptées dans des contextes différents. À mon avis, l'interprétation donnée à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est nullement déterminante en ce qui concerne celle que doivent recevoir les dispositions de la *Charte*.

Finalement, bien que la question soulevée dans le présent pourvoi n'ait pas déjà été tranchée dans le contexte de l'art. 133, un examen de la jurisprudence relevant de cette disposition et de dispositions connexes se révèle très instructif quant à l'attitude générale adoptée par cette Cour à l'égard des garanties linguistiques consacrées dans la Constitution. Voici le texte intégral de l'art. 133:

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la Législature du Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire. En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux du Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

(C'est moi qui souligne.)

Dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, le premier d'importance dans ce domaine, la Cour a conclu que l'art. 133 n'empêche pas l'attribution de droits ou de privilèges en sus de ceux prévus par cet article. Ainsi, la Cour a adopté une interprétation large qui accordait une meilleure protection aux droits linguistiques en autorisant l'adoption de dispositions législatives supplémentaires de réforme. Dans son analyse des droits limités conférés par l'art. 133, le juge en chef Laskin a conclu en outre, à la p. 193, qu'il donne notamment à toute personne un droit constitutionnel d'employer le français ou l'anglais dans toute plaidoirie devant les tribunaux fédéraux et les tribunaux du Québec.

In *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016 (*Blaikie No. 1*), the Court held that ss. 7-13 of Chapter III of Title I of the *Charter of the French Language*, 1977 (Qué.), c. 5, violated s. 133. The provisions in question stipulated that French was to be the language of the legislature and the courts in Quebec and made the French text of statutes and regulations the only official version. These provisions were found by the Court to violate the linguistic duality contemplated in s. 133. In interpreting s. 133 in *Blaikie No. 1* as well as in the follow-up decision, *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312 (*Blaikie No. 2*), the Court revealed a willingness to expand the ordinary meaning of the words "Acts" and "Courts" in s. 133 to avoid frustrating the underlying purpose of the language guarantees.

In *Blaikie No. 2* the Court also acknowledged that the right to use either French or English in court imposes affirmative obligations on the state to make that right meaningful. Thus in deciding that court rules of practice should be bilingual, the Court stated at p. 332:

The point is not so much that rules of practice partake of the legislative nature of the Code of which they are the complement. A more compelling reason is the judicial character of their subject-matter for which s. 133 makes special provision All litigants have the fundamental right to choose either French or English and would be deprived of this freedom of choice should such rules and compulsory forms be couched in one language only.

The decision in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, addressed the question of the constitutional necessity of enacting, printing and publishing bilingual legislation in Manitoba, pursuant to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* (which parallels s. 133). In concluding that bilingual laws were required, the Court held, at p. 739, that the purpose of both s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867* was "to ensure full and equal access to the legislatures, the laws and the courts for francophones and anglophones alike". The Court also stated at p. 744:

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 (*Blaikie n° 1*), la Cour a conclu que les art. 7 à 13 du chapitre III du titre premier de la *Charte de la langue française*, 1977 (Qué.), chap. 5, violaient l'art. 133. Les dispositions en question portaient que le français était la langue de la législation et de la justice au Québec et que seul le texte français des lois et des règlements était officiel. La Cour a estimé que ces dispositions portaient atteinte au principe de dualité linguistique envisagé par l'art. 133. En interprétant l'art. 133 dans l'arrêt *Blaikie n° 1* et aussi dans l'arrêt subséquent *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 (*Blaikie n° 2*), la Cour s'est montrée prête à étendre le sens ordinaire des termes «lois» et «tribunaux» employés à l'art. 133 de manière à éviter que ne soit contrecarré l'objet fondamental des garanties linguistiques.

Dans l'arrêt *Blaikie n° 2*, la Cour a reconnu en outre que le droit d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux impose à l'État l'obligation de faire en sorte que ce droit ait une valeur réelle. Ainsi, en décidant que les règles de pratique des tribunaux doivent être bilingues, la Cour affirme à la p. 332:

La question n'est pas tellement que les règles de pratique participent de la nature législative du Code dont elles sont le complément. Une raison plus impérieuse est le caractère judiciaire de leur objet que l'art. 133 vise expressément . . . Tous les plaideurs ont le droit fondamental de choisir le français ou l'anglais et seraient privés de cette liberté de choix si ces règles et formules obligatoires étaient rédigées en une seule langue.

L'arrêt *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, aborde la question de la nécessité constitutionnelle d'adopter, d'imprimer et de publier des lois bilingues au Manitoba, conformément à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* (qui équivaut à l'art. 133). En concluant que les lois devaient être bilingues, la Cour affirme à la p. 739 que l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont tous les deux pour objet «d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux». La Cour ajoute, à la p. 744:

Section 23 of the *Manitoba Act, 1870* is a specific manifestation of the general right of Franco-Manitobans to use their own language. The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

The final two decisions of this Court I wish to discuss are *MacDonald v. City of Montréal*, [1986] 1 S.C.R. 460, and *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1986] 1 S.C.R. 449, which are being rendered concurrently with this judgment. Both raised the question of whether a unilingual summons for a traffic violation offended the constitutional language provisions. A majority of the Court held in each case that a unilingual summons did meet the constitutional requirements. In my opinion, the outcome in both *MacDonald* and *Bilodeau* was clearly required by the words "... either of those Languages may be used ... in any ... Process ... issuing from any Court".

The conclusion in each of these cases does not affect the present appeal. Nor would *MacDonald* and *Bilodeau* be determinative of the outcome of an appeal similar to the one at bar arising pursuant to s. 133. Section 133 states clearly that the issuance of process from any court may be in either French or English. In contrast, we are concerned in this case with interpreting the phrase "either of those Languages may be used by any Person ... in ... any Court". This is something quite different from the language used in issuing documents. While s. 133 expressly limits the rights of recipients of court documents by empowering the court to issue documents in a language which the recipient may not understand, no such explicit limitation is to be found with respect to in-court proceedings. In the absence of such a limitation, it is open for the court to conclude that the litigant's right to use either language entails a right to be

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* est une manifestation spécifique du droit général qu'ont les Franco-manitobains de s'exprimer dans leur propre langue. L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

Les deux derniers arrêts de cette Cour que je tiens à examiner sont les arrêts *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, et *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449, tous les deux rendus en même temps que le présent arrêt. Les deux soulèvent la question de savoir si une sommation unilingue pour une infraction à la circulation routière est contraire aux dispositions constitutionnelles en matière linguistique. La Cour à la majorité a conclu dans chaque cas qu'une sommation unilingue satisfait aux exigences constitutionnelles. À mon avis, la conclusion dans les arrêts *MacDonald* et *Bilodeau* découlait nécessairement des mots « ... dans toute ... pièce de procédure ... émanant de ces tribunaux ... il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues ».

La conclusion tirée dans chacun de ces arrêts n'influe aucunement sur le présent pourvoi. Les arrêts *MacDonald* et *Bilodeau* ne sont pas déterminants non plus quant à l'issue d'un pourvoi semblable à celui dont nous sommes saisis et fondé sur l'art. 133. L'article 133 dit clairement qu'un acte de procédure émanant d'un tribunal peut être en français ou en anglais. Dans la présente affaire, par contre, il s'agit d'interpréter l'expression « devant les tribunaux ... il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues ». Voilà qui est bien différent de la langue utilisée dans les documents émanant d'un tribunal. Bien que l'art. 133 limite expressément les droits des destinataires de documents émanant d'un tribunal en habilitant le tribunal à délivrer les documents dans une langue que le destinataire ne comprend peut-être pas, aucune restriction explicite du genre n'existe à l'égard des procédures dans la salle d'audience.

understood, just as in *Blaikie No. 2*, it entailed a right to bilingual rules of practice.

In summary, the jurisprudence of this Court under s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* reveals for the most part a willingness to give constitutional language guarantees a liberal construction, while retaining an acceptance of certain limits on the scope of protection when required by the text of the provisions.

(b) *The Purpose of the Language Rights Protected in the Charter*

Linguistic duality has been a longstanding concern in our nation. Canada is a country with both French and English solidly embedded in its history. The constitutional language protections reflect continued and renewed efforts in the direction of bilingualism. In my view, we must take special care to be faithful to the spirit and purpose of the guarantee of language rights enshrined in the *Charter*. In the words of André Tremblay, in his article "L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques" (1983), 13 *Man. L. J.* 651 at p. 653:

[TRANSLATION] In short, a broad, liberal and dynamic interpretation of the language provisions of the Constitution would be in line with the exceptional importance of their function and would remedy the ills which the new Constitution was undoubtedly meant to address.

Sections 16 to 22 of the *Charter* entrench two official languages in Canada. They provide language protection in a broad spectrum of public life, including legislatures, courts, government offices and schools. According to s. 16:

16. (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

Étant donné l'absence d'une telle restriction, il est loisible à la Cour de conclure que le droit d'un plaideur d'employer l'une ou l'autre langue comporte aussi le droit d'être compris, tout comme dans l'arrêt *Blaikie n° 2* on a décidé qu'il comportait le droit à des règles de pratique bilingues.

En résumé, la jurisprudence de cette Cour relativement à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* révèle, d'une manière générale, que la Cour est disposée à donner aux garanties constitutionnelles en matière linguistique une interprétation large, tout en admettant certaines restrictions à la portée de ces garanties lorsque le texte des dispositions l'exige.

(b) *L'objet des droits linguistiques garantis par la Charte*

La question de la dualité linguistique est une préoccupation de vieille date au Canada, un pays dans l'histoire duquel les langues française et anglaise sont solidement enracinées. Les garanties constitutionnelles en matière linguistique traduisent des efforts continus et renouvelés en vue de réaliser le bilinguisme. Selon moi, nous devons nous efforcer particulièrement de rester fidèles à l'esprit et à l'objet des droits linguistiques enchâssés dans la *Charte*. Comme le dit André Tremblay dans son article intitulé «L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques» (1983), 13 *Man. L. J.* 651, à la p. 653:

En bref, l'interprétation large, libérale et dynamique du dispositif linguistique de la Constitution serait en harmonie avec l'importance exceptionnelle qu'il y occupe et remédierait aux maux que voulait sans doute écarter la nouvelle constitution.

Les articles 16 à 22 de la *Charte* ont pour effet d'enchâsser la notion de deux langues officielles pour le Canada. Ils assurent la protection des droits linguistiques dans un bon nombre d'institutions publiques telles que les corps législatifs, les tribunaux, les bureaux du gouvernement et les écoles. L'article 16 porte:

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

(2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

In my opinion, "all institutions of . . . government" includes judicial bodies or courts: see Tremblay, "The Language Rights (Ss. 16 to 23)" in Tarnopolsky and Beaudoin (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), 443 at p. 457. Despite academic debate about the precise significance of s. 16, at the very least it provides a strong indicator of the purpose of the language guarantees in the *Charter*. By adopting the special constitutional language protections in the *Charter*, the federal government of Canada and New Brunswick have demonstrated their commitment to official bilingualism within their respective jurisdictions. Whether s. 16 is visionary, declaratory or substantive in nature, it is an important interpretive aid in construing the other language provisions of the *Charter*, including s. 19(2).

In looking at the *Charter* it is worth observing that, unlike s. 133, the provisions go beyond general principles to specific modalities for the achievement of equality of status in language, and expressly provide in s. 16(3) for legislative measures to advance the equality of status of the two official languages. Undoubtedly the fact that the two languages are to be of equal status (s. 16(1) and (2)) encourages a generous application of such measures and of the *Charter* itself in achieving that goal.

I should add that the *Charter* was designed primarily to recognize the rights and freedoms of individuals *vis-à-vis* the State. When acting in their official capacities on behalf of the State, therefore, judges and court officials do not enjoy

(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

À mon avis, l'expression «les institutions . . . du gouvernement» englobe les corps judiciaires ou les tribunaux: voir Tremblay, «Les droits linguistiques» dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 559, à la p. 576, Beaudoin et Tarnopolsky (éd.) Bien que l'importance précise de l'art. 16 soit débattue dans la doctrine, il constitue à tout le moins un indice très révélateur de l'objet des garanties linguistiques de la *Charte*. En adoptant ces garanties constitutionnelles spéciales dans la *Charte*, le gouvernement fédéral et le gouvernement du Nouveau-Brunswick ont démontré leur engagement à réaliser le bilinguisme officiel dans leurs ressorts respectifs. Peu importe qu'il soit visionnaire, qu'il soit déclaratoire ou qu'il participe d'une disposition de fond, l'art. 16 est un outil important dans l'interprétation des autres dispositions linguistiques de la *Charte*, y compris le par. 19(2).

Dans le cadre de notre étude de la *Charte*, il vaut la peine de remarquer que, à la différence de l'art. 133, les dispositions en question ne s'arrêtent pas à un énoncé de principes généraux, mais prévoient des modalités précises pour la réalisation de l'égalité de statut des langues. En effet, le par. 16(3) prévoit expressément l'adoption de mesures législatives permettant de favoriser la progression vers l'égalité de statut des deux langues officielles. Sans aucun doute, le fait qu'il doit y avoir égalité de statut de ces deux langues (par. 16(1) et (2)) milite en faveur d'une application généreuse de ces mesures et de la *Charte* elle-même afin que cet objectif puisse être atteint.

Je tiens à ajouter que la *Charte* a été conçue principalement pour reconnaître les droits et libertés individuels face à l'État. Par conséquent, lorsqu'ils agissent en leur qualité officielle au nom de l'État, les juges et les fonctionnaires des tribunaux

unconstrained language liberties. Rather, they are invested with certain duties and responsibilities in their service to the community. This extends to the duty to give a meaningful language choice to litigants appearing before them.

(c) *The Right to Use the Official Language of One's Choice*

Section 19(2) provides to litigants the right to use the official language of their choice. The essence of this appeal, therefore, is whether this right to "use" French or English in the courts embraces the right to be understood by the court in the language of one's choice as well as the right to make oral and written submissions in that language.

There is no disagreement amongst the members of this Court that the right embodies at a minimum the right to speak and make written submissions in the language of one's choice. Must this right, to be meaningful, extend to the right to be understood, either directly or possibly with the aid of an interpreter or simultaneous translation? In my opinion, the answer must be in the affirmative. What good is a right to use one's language if those to whom one speaks cannot understand? Though couched in individualistic terms, language rights, by their very nature, are intimately and profoundly social. We speak and write to communicate to others. In the courtroom, we speak to communicate to the judge or judges. It is fundamental, therefore, to any effective and coherent guarantee of language rights in the courtroom that the judge or judges understand, either directly or through other means, the language chosen by the individual coming before the court.

Both parties and the intervenors agreed on this point. As stated by the appellants at p. 10 of their factum:

[TRANSLATION] Appellants submit that the right to use French recognized in the *Charter* necessarily includes the right to be heard in French and to be understood by the Court.

ne jouissent pas d'une liberté linguistique illimitée, car en dispensant leurs services à la collectivité ils doivent s'acquitter de certaines obligations et responsabilités, dont l'obligation de donner aux plaideurs comparaisant devant eux un choix réel quant à la langue qui sera employée.

c) *Le droit d'employer la langue officielle de son choix*

Le paragraphe 19(2) reconnaît aux plaideurs le droit d'employer la langue officielle de leur choix. Dans le présent pourvoi, il s'agit donc essentiellement de savoir si ce droit d'«employer» le français ou l'anglais devant les tribunaux comporte aussi bien le droit d'être compris par le tribunal dans la langue de son choix que celui de présenter dans cette même langue des observations orales et écrites.

Les membres de cette Cour s'accordent pour dire que le droit en question comprend à tout le moins le droit de s'exprimer et de faire des observations écrites dans la langue de son choix. Faut-il que ce droit, pour ne pas être dénué de sens, comporte le droit d'être compris directement ou peut-être par le biais d'un interprète ou de la traduction simultanée? Selon moi, la réponse doit être affirmative. À quoi sert le droit de s'exprimer dans sa propre langue si ceux à qui on s'adresse ne peuvent comprendre? Malgré une formulation qui vise les particuliers, les droits linguistiques, de par leur nature même, revêtent un caractère fondamentalement et profondément social. La langue, tant parlée qu'écrite, sert à communiquer avec autrui. Dans une salle d'audience, c'est en parlant qu'on communique avec le juge ou les juges. Il est donc primordial, pour qu'il y ait une garantie efficace et cohérente des droits linguistiques devant les tribunaux, que le juge ou les juges comprennent soit directement, soit par d'autres moyens, la langue choisie par le justiciable.

Sur ce point les deux parties et les intervenants sont d'accord. Comme l'affirment les appelantes à la p. 10 de leur mémoire:

Les appelantes soumettent que ce droit, reconnu par la *Charte d'employer* le français comprend nécessairement le droit d'être entendu en français et d'être compris par le tribunal.

The respondent replied, at p. 5:

The Respondent affirms that on this point [the constitutional question], it is without doubt that parties to proceedings before any court in New Brunswick have the right to be heard and understood in the official language of their choice.

In a similar vein, the Attorney General of Canada stated at p. 3, "it is beyond doubt that the corollary of the right to use French in all cases in the New Brunswick courts is the right to be understood by the court". The Attorney General of New Brunswick agreed. To decide otherwise, in my view, would be to give a narrow reading to the constitutional and fundamental right to use the official language of one's choice in the courts. Such a result would frustrate the broad remedial purposes of the language protections provided in the *Charter* and be inconsistent with a liberal construction of language rights.

(d) *Language Rights versus Procedural Fairness*

Language rights in the courts are, in my opinion, conceptually distinct from fair hearing rights. While it is important to acknowledge this distinction, each category of rights does not occupy a watertight compartment. Just as fair hearing rights are, in part, intimately concerned with effective communication between adjudicator and litigant, so too are language rights in the court. There will therefore be a certain amount of overlap between the two. At the same time, each category of rights will continue to address concerns not touched by the other. For example, whether or not an individual is even entitled to an oral hearing comes under the exclusive rubric of natural justice, not language rights.

The existence of a certain amount of overlap between various rights and freedoms is not unusual. Rights and freedoms often relate to and supplement each other. For example, the freedom of religion in s. 2(a) of the *Charter* is closely related to the protection against discrimination on the basis of religion in s. 15 and the freedom of

L'intimée réplique, à la p. 5:

[TRADUCTION] L'intimée affirme que, sur ce point [la question constitutionnelle], il ne fait pas de doute que les parties à des procédures devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont le droit d'être entendues et comprises dans la langue officielle de leur choix.

Dans le même ordre d'idées, le procureur général du Canada affirme, à la p. 3, qu'«il ne fait pas de doute que le droit d'employer le français dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick a comme corollaire le droit d'être compris par le tribunal». Le procureur général du Nouveau-Brunswick a abondé dans le même sens. Selon moi, toute autre conclusion reviendrait à donner une interprétation restrictive au droit constitutionnel fondamental d'employer la langue officielle de son choix devant les tribunaux. Un tel résultat ferait échec aux objets réparateurs généraux des garanties linguistiques prévues par la *Charte* et serait incompatible avec une interprétation libérale des droits linguistiques.

d) *Les droits linguistiques et l'équité en matière de procédure*

À mon avis, le concept des droits linguistiques devant les tribunaux est distinct de celui des droits à un procès équitable. Bien qu'il soit important de reconnaître cette distinction, on doit se rappeler qu'il n'y a pas de cloison étanche entre les deux catégories de droits. Les droits linguistiques devant le tribunal, au même titre que les droits à un procès équitable, sont en partie intimement liés à la nécessité d'assurer une communication efficace entre le juge et le plaideur. Il s'ensuit donc que les deux se chevaucheront jusqu'à un certain point. En même temps, chacune de ces catégories de droits continuera de s'appliquer à des problèmes auxquels ne touche pas l'autre. Par exemple, la question de savoir si une personne a même droit à une audience relève uniquement de la justice naturelle et non pas des droits linguistiques.

Il n'est pas anormal que les différents droits et libertés se chevauchent jusqu'à un certain point. Les droits et libertés sont souvent liés les uns aux autres et se complètent mutuellement. Par exemple, la liberté de religion énoncée à l'al. 2a) de la *Charte* est étroitement liée à la protection accordée par l'art. 15 contre la discrimination fondée

assembly and association of religious groups in subsections 2(c) and (d) respectively. In a similar vein, the protection afforded by common law natural justice requirements or by s. 7 of the *Charter* to be heard and understood by the adjudicator in an oral hearing does not undermine the importance of being understood by the adjudicator as an aspect of one's language rights in s. 19 of the *Charter*.

(e) *Conclusions Regarding S. 19(2)*

In my opinion, the right to use either French or English in court, guaranteed in s. 19(2), includes the right to be understood by the judge or judges hearing the case. I reiterate that the techniques or mechanisms which might aid in such understanding, such as the use of interpreters or simultaneous translation, are not before us in this appeal.

I would answer the constitutional question in the affirmative.

It is unnecessary, therefore, to consider the merits of the appellants' submissions on the interpretation of the *Official Languages of New Brunswick Act*, R.S.N.B. 1973, c. O-1, s. 13(1) or the common law requirements of natural justice.

III

Language Competence of Stratton J.A.—Was S. 19(2) Violated?

Having decided that s. 19(2) gives litigants the right to be understood by the judges hearing their case, we must determine whether Stratton J.A. had sufficient abilities in the French language to enable him to understand the submissions made by the appellants. The evidentiary basis for deciding this question is far from satisfactory. It consists of two affidavits and the procedural history of the case.

On behalf of the appellants, Léon Richard, Secretary-General of the Association des conseillers scolaires francophones du Nouveau-Brunswick submitted an affidavit in which he stated that he

sur la religion et aux libertés de réunion et d'association dont jouissent les groupes religieux en vertu des al. 2c) et d) respectivement. Dans la même optique, le droit d'être entendu et compris par le juge dans le cadre d'une audience, lequel découle des exigences de justice naturelle reconnues par la *common law* ou de l'art. 7 de la *Charte*, ne diminue en rien l'importance d'être compris en tant qu'aspect des droits linguistiques conférés par l'art. 19 de la *Charte*.

e) *Conclusions relatives au par. 19(2)*

À mon sens, le droit d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux, que garantit le par. 19(2), comporte le droit d'être compris par le juge ou les juges saisis de l'affaire. Je répète que ce pourvoi ne soulève pas la question des techniques ou des mécanismes, tels que le recours à des interprètes ou à la traduction simultanée, qui pourraient permettre d'être ainsi compris.

Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par l'affirmative.

En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner le bien-fondé des arguments des appelantes concernant l'interprétation de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1, par. 13(1), ou des exigences de justice naturelle reconnues par la *common law*.

III

La compétence linguistique du juge Stratton — Le paragraphe 19(2) a-t-il été violé?

Ayant conclu que le par. 19(2) reconnaît aux plaideurs le droit d'être compris par les juges saisis de leur cause, nous devons établir si le juge Stratton connaissait suffisamment le français pour pouvoir comprendre les arguments des appelantes. La preuve dont nous disposons sur cette question est loin d'être satisfaisante. Elle consiste en deux affidavits et en l'historique des procédures de l'affaire.

Léon Richard, secrétaire général de l'Association des conseillers scolaires francophones du Nouveau-Brunswick, a déposé au nom des appelantes un affidavit dans lequel il affirme qu'il était pré-

was in the courtroom at the initial hearing before Stratton J.A. Richard maintained that the appellants objected to Stratton J.A. hearing the motion because of his insufficient knowledge of French, both in terms of understanding oral argument and in communicating in French. Richard stated that Stratton J.A. admitted that the objections were well founded and simply said "I shall transfer this matter to one of my bilingual brothers". Richard further stated that the appellants did not object when Stratton J.A. appeared on the panel hearing the case because they were taken by surprise, [TRANSLATION] "stunned and thrown into confusion".

The second affidavit was submitted by D. Leslie Smith, who acted as counsel for the respondent. He maintained that the appellants did not formally "object" to Stratton J.A.'s presence, but simply made a "request" that he transfer the case to a bilingual judge. Smith further stated that it was his "impression" that Stratton J.A. understood the written and oral submissions made in French at the subsequent hearing. This impression came from a comment to Richard in which Stratton J.A. referred to the arguments made by the appellants in their oral submissions.

The procedural history of this appeal consists of Stratton J.A.'s decision to refer the case to Angers J.A. because of the latter's greater competence in French, followed by Stratton J.A.'s reappearance on the three-judge panel.

What conclusions are to be drawn from this factual record? In my view, we cannot infer from Stratton J.A.'s decision to refer the matter to Angers J.A. that he was incompetent to hear submissions in French. I adopt Wilson J.'s comments on this point. Moreover, the fact remains that the appellants did not object to Stratton J.A.'s presence on the panel. Nor do I think we can conclude, on the basis of the affidavit evidence, that Stratton J.A. was unable to understand French. Neither affidavit provides cogent evidence of the language abilities of Stratton J.A. In the absence of any clear evidentiary basis for the appellants' allegations of incompetence, I do not

sent à l'audience initiale présidée par le juge Stratton. Selon Richard, les appelantes se sont opposées à ce que le juge Stratton entende la requête pour le motif qu'il n'avait pas une connaissance suffisante du français, tant pour ce qui est de comprendre les arguments oraux que pour ce qui est de s'exprimer dans cette langue. Au dire de Richard, le juge Stratton a reconnu le bien-fondé des objections et a dit simplement: [TRADUCTION] «Je vais déférer cette affaire à un collègue bilingue.» Richard a affirmé en outre que le défaut des appelantes de s'opposer à la présence du juge Stratton comme membre de la formation saisie de l'affaire s'explique par le fait qu'elles étaient «stupéfaites et désarmées», ayant été prises au dépourvu.

Le second affidavit est celui de D. Leslie Smith qui a agi comme avocat de l'intimée. Il a soutenu que les appelantes ne se sont pas officiellement «opposées» à la présence du juge Stratton, mais ont simplement «demandé» qu'il renvoie l'affaire à un juge bilingue. Smith a ajouté qu'il avait «l'impression» que le juge Stratton comprenait les arguments écrits et oraux présentés en français à l'audience subséquente. Cette impression était fondée sur une observation à l'intention de Richard dans laquelle le juge Stratton s'était référé aux arguments oraux des appelantes.

L'historique des procédures en l'espèce consiste, d'une part, en la décision du juge Stratton de renvoyer l'affaire au juge Angers à cause de sa plus grande compétence en français et, d'autre part, en la réapparition subséquente du juge Stratton comme membre de la formation de trois juges.

Quelles conclusions faut-il tirer de ces faits? À mon avis, nous ne pouvons déduire de la décision du juge Stratton de renvoyer l'affaire au juge Angers qu'il était incompétent pour entendre des arguments en français. Sur ce point, j'adopte les observations du juge Wilson. De plus, il reste que les appelantes ne se sont pas opposées à ce que le juge Stratton fasse partie de la formation. Je ne crois pas non plus que les affidavits nous permettent de conclure que le juge Stratton ne comprenait pas le français. Ni l'un ni l'autre affidavit ne constitue une preuve convaincante de la compétence linguistique du juge Stratton. En l'absence d'une preuve manifeste à l'appui des allégations

think we can find in their favour. In cases such as these, it is my view that we must presume good faith on the part of judges. In light of the lack of any objection at the time of the hearing and in the absence of convincing evidence, I think we must assume that Stratton J.A. had a sufficient knowledge of French to understand the submissions made by the appellants.

IV

Conclusion

With respect to the first issue, I would answer the constitutional question as follows:

Question: Does s. 19(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* entitle a party pleading in a court of New Brunswick to be heard by a court, the member or members of which are capable of understanding the proceedings, the evidence and the arguments, written and oral, regardless of the official language used by the parties?

Answer: Yes.

I have concluded that s. 19(2) was not violated on the facts of the present case.

With respect to the appellants' submissions on the second and third issues, I agree entirely with the analysis and conclusions of Wilson J.

Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

The judgment of Beetz, Estey, Chouinard, Lamer and Le Dain J.J. was delivered by

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice and those of Wilson J.

I agree with their account of the facts and with their reasons and conclusions on the issue whether the New Brunswick Court of Appeal had inherent jurisdiction to grant leave to appeal as well as on the issue whether the New Brunswick Court of

d'incompétence formulées par les appelantes, je ne crois pas que nous puissions statuer en leur faveur. À mon avis, il nous faut, dans des cas comme celui-ci, présumer que les juges ont agi de bonne foi. Vu qu'aucune objection n'a été soulevée lors de l'audience et vu l'absence d'une preuve convaincante, il me semble que nous devons tenir pour acquis que le juge Stratton connaissait suffisamment le français pour pouvoir comprendre les observations des appelantes.

IV

Conclusion

En ce qui concerne la première question en litige, je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle de la manière suivante:

Question: Le paragraphe 19(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère-t-il à une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties?

Réponse: Oui.

J'ai conclu, compte tenu des faits de la présente espèce, qu'il n'y a pas eu de violation du par. 19(2).

Pour ce qui est des arguments des appelantes portant sur les deuxième et troisième questions, je souscris entièrement à l'analyse et aux conclusions du juge Wilson.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française du jugement des juges Beetz, Estey, Chouinard, Lamer et Le Dain rendu par

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et ceux du juge Wilson.

Je souscris à leur exposé des faits ainsi qu'à leurs motifs et à leurs conclusions sur la question de savoir si la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick possède une compétence inhérente pour accorder l'autorisation d'appel ainsi que sur la

Appeal properly exercised its discretion in this respect.

I also agree with them that the appeal should be dismissed with costs.

However, I respectfully disagree as to the answer which they would give to the constitutional question and as to their reasons for answering it as they propose.

The constitutional question stated by the Chief Justice reads as follows:

Does s. 19(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* entitle a party pleading in a court of New Brunswick to be heard by a court, the member or members of which are capable of understanding the proceedings, the evidence and the arguments, written and oral, regardless of the official language used by the parties?

The issue raised by this question has to do with the content of the constitutional right to use either English or French in any court of New Brunswick: does this right comprise the right to be heard and understood by the court regardless of the official language used?

The issue was different in *MacDonald v. City of Montréal*, [1986] 1 S.C.R. 460, where what had to be decided was not the content of the right to choose English or French but in whom the right vested, the issuer or the recipient of a summons issued by a Quebec court. However, in *MacDonald*, submissions were made with respect to communication as a purpose of language rights and with respect to the right to understand judicial processes and proceedings as a requirement of natural justice. These submissions, which are closely related to the issue raised in the case at bar, were considered and discussed in the reasons for judgment. A certain degree of overlapping between the two cases is accordingly inevitable and therefore it will be necessary to quote in this case from the reasons in *MacDonald*.

The other difference between the two cases is that the *MacDonald* case dealt with s. 133 of the *Constitution Act, 1867* whereas the relevant provision in the case at bar is s. 19(2) of the *Canadian*

question de savoir si ladite cour a bien exercé son pouvoir discrétionnaire à cet égard.

De plus, je partage leur avis que le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

Toutefois, je me trouve respectueusement en désaccord avec la réponse qu'ils donneraient à la question constitutionnelle et avec les motifs de leur réponse.

Voici la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef:

Le paragraphe 19(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère-t-il à une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties?

Cette question concerne le contenu du droit constitutionnel d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick: ce droit comporte-t-il celui d'être entendu et compris par le tribunal indépendamment de la langue officielle utilisée?

La question posée dans l'affaire *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, était différente en ce sens qu'il s'agissait non pas de déterminer le contenu du droit de choisir le français ou l'anglais mais de déterminer, dans le cas d'une sommation émanant d'un tribunal du Québec, qui jouit de ce droit, celui qui la délivre ou bien son destinataire. Dans l'affaire *MacDonald*, toutefois, des arguments ont été présentés relativement à la communication comme objet des droits linguistiques et relativement au droit, en tant qu'exigence découlant de la justice naturelle, de comprendre les actes et les procédures judiciaires. Ces arguments, étroitement liés à la question soulevée en l'espèce, ont été étudiés et analysés dans les motifs de jugement. Il est donc inévitable que les deux affaires se chevauchent dans une certaine mesure; d'où la nécessité de citer en l'espèce des extraits tirés de l'arrêt *MacDonald*.

Les deux affaires diffèrent aussi par le fait que l'arrêt *MacDonald* traite de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tandis qu'en l'espèce il est question du par. 19(2) de la *Charte canadienne*

Charter of Rights and Freedoms. In my view however, given the similarities of the two provisions, this difference is only one of form, not of substance.

Section 19(2) of the *Charter* should be read in the context of that part of the *Charter* that is entitled "Official languages of Canada" and comprises ss. 16 to 22:

16. (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

(2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

17. (1) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of Parliament.

(2) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of the legislature of New Brunswick.

18. (1) The statutes, records and journals of Parliament shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

(2) The statutes, records and journals of the legislature of New Brunswick shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

19. (1) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court established by Parliament.

(2) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick.

20. (1) Any member of the public in Canada has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada in English

des droits et libertés. Selon moi, toutefois, étant donné la similarité des deux dispositions, il s'agit là d'une simple différence de forme et non pas de fond.

^a Le paragraphe 19(2) de la *Charte* doit s'interpréter dans le contexte de la partie de la *Charte* qui s'intitule «Langues officielles du Canada» et qui est composée des art. 16 à 22:

^b 16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

^d (3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

^e 17. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux du Parlement.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick.

^f 18. (1) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

^g (2) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

^h 19. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

ⁱ (2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

^j 20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en rece-

or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution where

- (a) there is a significant demand for communications with and services from that office in such language; or
- (b) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and services from that office be available in both English and French.

(2) Any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French.

21. Nothing in sections 16 to 20 abrogates or derogates from any right, privilege or obligation with respect to the English and French languages, or either of them, that exists or is continued by virtue of any other provision of the Constitution of Canada.

22. Nothing in sections 16 to 20 abrogates or derogates from any legal or customary right or privilege acquired or enjoyed either before or after the coming into force of this Charter with respect to any language that is not English or French.

Subject to minor variations of style, the language of ss. 17, 18 and 19 of the *Charter* has clearly and deliberately been borrowed from that of the English version of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* of which no French version has yet been proclaimed pursuant to s. 55 of the *Constitution Act, 1982*. It would accordingly be incorrect in my view to decide this case without considering the interpretation of s. 133 which provides:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

The somewhat compressed and complicated statutory drafting exemplified in s. 133 has been shortened and simplified in ss. 17 to 19 of the

voir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas:

- a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;
- b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

21. Les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet, en ce qui a trait à la langue française ou anglaise ou à ces deux langues, de porter atteinte aux droits, privilèges ou obligations qui existent ou sont maintenus aux termes d'une autre disposition de la Constitution du Canada.

22. Les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits et privilèges, antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente charte et découlant de la loi ou de la coutume, des langues autres que le français ou l'anglais.

Sous réserve de variantes stylistiques mineures, les termes des art. 17, 18 et 19 de la *Charte* ont été empruntés clairement et délibérément à la version anglaise de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont une version française n'a pas encore été adoptée conformément à l'art. 55 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. J'estime en conséquence qu'on ne saurait à bon droit trancher cette affaire sans tenir compte de l'interprétation donnée à l'art. 133, qui porte:

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la Législature du Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire. En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux du Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

Le texte quelque peu condensé et complexe de l'art. 133 a été abrégé et simplifié dans les art. 17 à 19 de la *Charte*, comme il convient au style d'un

Charter, as befits the style of a true constitutional instrument. The wording of the relevant part of s. 133 ("may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from . . . all or any of the Courts of") has been changed to "may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of". I do not think that anything turns on this change, which is one of form only.

Furthermore, in my opinion, s. 19(2) of the *Charter* does not, anymore than s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, provide two separate rules, one for the languages that may be used by any person with respect to in-court proceedings and the languages that may be used in any pleading or process. A proceeding as well as a process have to emanate from someone, that is from a person, whose language rights are thus protected in the same manner and to the same extent, as the right of a litigant or any other participant to speak the official language of his choice in court. Under both constitutional provisions, there is but one substantive rule for court processes and in-court proceedings and I am here simply paraphrasing what has been said on this point in the *MacDonald* case, in the reasons of the majority, at p. 484.

It is my view that the rights guaranteed by s. 19(2) of the *Charter* are of the same nature and scope as those guaranteed by s. 133 of the *Constitution Act, 1867* with respect to the courts of Canada and the courts of Quebec. As was held by the majority at pp. 498 to 501 in *MacDonald*, these are essentially language rights unrelated to and not to be confused with the requirements of natural justice. These language rights are the same as those which are guaranteed by s. 17 of the *Charter* with respect to parliamentary debates. They vest in the speaker or in the writer or issuer of court processes and give the speaker or the writer the constitutionally protected power to speak or to write in the official language of his choice. And there is no language guarantee, either under s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, or s. 19 of the *Charter*, any more than under s. 17 of the *Charter*, that the speaker will be heard or under-

véritable document constitutionnel. Ainsi, la partie pertinente de l'art. 133 («dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux . . . ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage») est devenue «Chacun a le droit d'employer . . . dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux . . . et dans tous les actes de procédure qui en découlent». Or, j'estime que ce changement de pure forme ne revêt aucune importance particulière.

Je suis en outre d'avis que le par. 19(2) de la *Charte*, pas plus que l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, n'établit pas deux règles distinctes, une pour la langue que chacun peut utiliser dans les débats devant les tribunaux et une autre pour les langues pouvant être utilisées dans les actes de procédure. Un acte de procédure doit émaner de quelqu'un, c'est-à-dire d'une personne dont les droits linguistiques sont ainsi protégés de la même manière et dans la même mesure que l'est le droit d'un plaideur ou de tout autre participant de s'exprimer en cour dans la langue officielle de son choix. L'une et l'autre dispositions constitutionnelles ne prévoient qu'une seule règle de fond qui s'applique aussi bien aux actes de procédure qu'aux débats devant les tribunaux, et je ne fais ici que paraphraser ce qu'on a déjà dit à ce sujet dans l'arrêt *MacDonald*, dans les motifs de la majorité, à la p. 484.

À mon sens, les droits que garantit le par. 19(2) de la *Charte* sont de même nature et portée que ceux garantis par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui concerne les tribunaux du Canada et ceux du Québec. Comme le conclut la Cour à la majorité, aux pp. 498 à 501 de l'arrêt *MacDonald*, il s'agit essentiellement de droits linguistiques qui n'ont aucun rapport avec les exigences de justice naturelle et qui ne doivent pas être confondus avec celles-ci. Ces droits linguistiques sont les mêmes que ceux qui sont garantis par l'art. 17 de la *Charte* relativement aux débats du Parlement. Ils appartiennent à l'orateur, au rédacteur ou à l'auteur des actes de procédure d'un tribunal, et ils confèrent à l'orateur ou au rédacteur le pouvoir, consacré dans la Constitution, de parler ou d'écrire dans la langue officielle de leur choix. En outre, ni l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni l'art. 19 de la *Charte* ne garantissent,

stood, or that he has the right to be heard or understood in the language of his choice.

I am reinforced in this view by the contrasting wording of s. 20 of the *Charter*. Here, the *Charter* has expressly provided for the right to communicate in either official language with some offices of an institution of the Parliament or Government of Canada and with any office of an institution of the Legislature or Government of New Brunswick. The right to communicate in either language postulates the right to be heard or understood in either language.

I am further reinforced in this view by the fact that those who drafted the *Charter* had another explicit model they could have used had they been so inclined, namely s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act*, R.S.N.B. 1973, c. O-1:

13 (1) Subject to section 15, in any proceeding before a court, any person appearing or giving evidence may be heard in the official language of his choice and such choice is not to place that person at any disadvantage.

Here again, s. 13(1) of the Act, unlike the *Charter*, has expressly provided for the right to be heard in the official language of one's choice. Those who drafted s. 19(2) of the *Charter* and agreed to it could easily have followed the language of s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act* instead of that of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. That they did not do so is a clear signal that they wanted to provide for a different effect, namely the effect of s. 133. If the people of the Province of New Brunswick were agreeable to have a provision like s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act* as part of their law, they did not agree to see it entrenched in the Constitution. I do not think it should be forced upon them under the guise of constitutional interpretation.

pas plus que l'art. 17 de la *Charte*, que la personne qui parle sera entendue ou comprise dans la langue de son choix ni ne lui confèrent le droit de l'être.

^a Mon opinion est étayée par la différence dans la rédaction de l'art. 20 de la *Charte*. Dans cette disposition, la *Charte* accorde expressément le droit d'employer l'une ou l'autre langue officielle pour communiquer avec certains bureaux des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada et avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement du Nouveau-Brunswick. Ce droit de communiquer dans l'une ou l'autre langue suppose aussi le droit d'être entendu ou compris dans ces langues.

Je suis renforcé davantage dans ce point de vue par le fait que les rédacteurs de la *Charte* auraient pu, s'ils l'avaient voulu, s'inspirer d'un autre modèle explicite, savoir le par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1:

^e 13 (1) Sous réserve de l'article 15, dans toute procédure devant un tribunal, toute personne qui comparait ou témoigne peut être entendue dans la langue officielle de son choix et ne doit être, en fait, nullement défavorisée en raison de ce choix.

^f Là encore, le par. 13(1) de la Loi, à la différence de la *Charte*, confère expressément le droit d'être entendu dans la langue officielle de son choix. Ceux qui ont rédigé le par. 19(2) de la *Charte* et qui y ont donné leur approbation auraient facilement pu adopter les termes du par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* plutôt que ceux de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Leur omission de le faire indique clairement qu'ils ont voulu obtenir un effet différent, savoir celui de l'art. 133. Or, si le peuple de la province du Nouveau-Brunswick était consentant à ce qu'une disposition comme le par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* fasse partie du droit applicable dans cette province, il n'admettait pas pour autant qu'elle soit enchâssée dans la Constitution. Je crois donc qu'il faut se garder de le lui imposer sous le couvert d'une interprétation constitutionnelle.

The only other provision, apart from s. 20, in that part of the *Charter* entitled "Official Languages of Canada", which ensures communication or understanding in both official languages is that of s. 18. It provides for bilingualism at the legislative level. In *MacDonald* one can read the following passage, in the reasons of the majority, at p. 496:

Section 133 has not introduced a comprehensive scheme or system of official bilingualism, even potentially, but a limited form of compulsory bilingualism at the legislative level, combined with an even more limited form of optional unilingualism at the option of the speaker in Parliamentary debates and at the option of the speaker, writer or issuer in judicial proceedings or processes. Such a limited scheme can perhaps be said to facilitate communication and understanding, up to a point, but only as far as it goes and it does not guarantee that the speaker, writer or issuer of proceedings or processes will be understood in the language of his choice by those he is addressing.

The scheme has now been made more comprehensive in the *Charter* with the addition of New Brunswick to Quebec—and Manitoba—and with new provisions such as s. 20. But where the scheme deliberately follows the model of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, as it does in s. 19(2), it should, in my opinion, be similarly construed.

I must again cite a passage of the reasons of the majority, at p. 500, in *MacDonald* relating to s. 133 of the *Constitution Act, 1867* but which is equally applicable, *a fortiori*, to the official languages provisions of the *Charter*:

This is not to put the English and the French languages on the same footing as other languages. Not only are the English and the French languages placed in a position of equality, they are also given a preferential position over all other languages. And this equality as well as this preferential position are both constitutionally protected by s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. Without the protection of this provision, one of the two official languages could, by simple legislative enactment, be given a degree of preference over the other as was attempted in Chapter III of Title 1 of the *Charter of the French Language*, invalidated in *Blaikie No. 1*. English unilingualism, French unilingualism and, for that

Abstraction faite de l'art. 20, la seule autre disposition de la partie de la *Charte* intitulée «Langues officielles du Canada», à reconnaître le droit de communiquer ou d'être compris dans les deux langues officielles, est l'art. 18 qui prévoit le bilinguisme dans les institutions législatives. Dans l'arrêt *MacDonald*, on peut lire le passage suivant des motifs de la majorité, à la p. 496:

L'article 133 a introduit non pas un programme ou système de bilinguisme officiel global, même en puissance, mais plutôt une forme limitée de bilinguisme obligatoire au niveau législatif, combinée à une forme encore plus limitée d'unilinguisme optionnel, au choix de la personne qui s'exprime dans les débats parlementaires ou dans une instance judiciaire, ainsi que du rédacteur ou de l'auteur de procédures ou de pièces de procédure judiciaires. On peut peut-être dire que ce système limité facilite jusqu'à un certain point la communication et la compréhension, mais dans cette mesure seulement, et il ne garantit pas que l'orateur, le rédacteur ou l'auteur de procédures ou de pièces de procédure sera compris dans la langue de son choix par ceux à qui il s'adresse.

Ce système a pris encore plus d'ampleur dans la *Charte* avec l'ajout du Nouveau-Brunswick au Québec—et au Manitoba—et avec l'adoption de nouvelles dispositions comme l'art. 20. J'estime cependant que dans la mesure où le modèle de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été délibérément suivi, ce qui est le cas du par. 19(2), la même interprétation s'impose.

Je dois citer encore un extrait des motifs de la majorité, tiré de la p. 500 de l'arrêt *MacDonald*, qui se rapporte à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais qui s'applique également, à plus forte raison, aux dispositions de la *Charte* relatives aux langues officielles:

Cela ne revient pas à placer les langues française et anglaise sur un pied d'égalité avec d'autres langues. Les langues française et anglaise sont non seulement placées sur un pied d'égalité, mais encore elles se voient conférer un statut privilégié par rapport à toutes les autres langues. Et cette égalité et ce statut privilégié sont tous les deux garantis par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sans la protection de cette disposition, il serait possible, par simple voie législative, d'accorder à l'une des deux langues officielles une certaine mesure de préférence comme on a tenté de le faire au chapitre III du titre premier de la *Charte de la langue française*, qui a été invalidé dans l'arrêt *Blaikie n° 1*. L'unilinguisme

matter, unilingualism in any other language could also be imposed by simple legislative enactment. Thus it can be seen that, if s. 133 guarantees but a minimum, this minimum is far from being insubstantial.

The common law right of the parties to be heard and understood by a court and the right to understand what is going on in court is not a language right but an aspect of the right to a fair hearing. It is a broader and more universal right than language rights. It extends to everyone including those who speak or understand neither official language. It belongs to the category of rights which in the *Charter* are designated as legal rights and indeed it is protected at least in part by provisions such as those of ss. 7 and 14 of the *Charter*:

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.

14. A party or witness in any proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf has the right to the assistance of an interpreter.

The fundamental nature of this common law right to a fair hearing was stressed in *MacDonald*, in the reasons of the majority, at pp. 499-500:

It should be absolutely clear however that this common law right to a fair hearing, including the right of the defendant to understand what is going on in court and to be understood is a fundamental right deeply and firmly embedded in the very fabric of the Canadian legal system. That is why certain aspects of this right are entrenched in general as well as specific provisions of the *Charter*, such as s. 7, relating to life, liberty and security of the person and s. 14, relating to the assistance of an interpreter. While Parliament or the legislature of a province may, pursuant to s. 33 of the *Charter*, expressly declare that an Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in s. 2 or ss. 7 to 15 of the *Charter*, it is almost inconceivable that they would do away altogether with the fundamental common law right itself, assuming that they could do so.

français, l'unilinguisme anglais et, quant à cela, l'unilinguisme dans toute autre langue pourraient être aussi prescrits par simple voie législative. On peut donc constater que si l'art. 133 ne garantit qu'un minimum, ce minimum est loin d'être inconsistant.

Le droit qu'ont les parties en *common law* d'être entendues et comprises par un tribunal et leur droit de comprendre ce qui se passe dans le prétoire est non pas un droit linguistique mais plutôt un aspect du droit à un procès équitable. Ce droit est d'une portée à la fois plus large et plus universelle que celle des droits linguistiques. Tout le monde en jouit, y compris les personnes qui ne parlent ni ne comprennent aucune des deux langues officielles. Il relève de la catégorie de droits que la *Charte* qualifie de garanties juridiques et, en fait, est protégé, du moins en partie, par des dispositions comme les art. 7 et 14 de la *Charte*:

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.

14. La partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont droit à l'assistance d'un interprète.

Le caractère fondamental de ce droit à un procès équitable que confère la *common law* est souligné dans l'arrêt *MacDonald*, dans les motifs de la majorité, aux pp. 499 et 500:

Cependant, il devrait être tout à fait clair que ce droit à un procès équitable que reconnaît la *common law*, y compris le droit du défendeur de comprendre ce qui se passe dans le prétoire et d'y être compris, est un droit fondamental qui est profondément et fermement enraciné dans la structure même du système juridique canadien. C'est pourquoi certains aspects de ce droit sont enchâssés tout autant sous la forme de dispositions générales que sous celle de dispositions spécifiques dans la *Charte*, comme l'art. 7 relatif à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et l'art. 14 portant sur l'assistance d'un interprète. Tandis que le Parlement ou la législature d'une province peut, conformément à l'art. 33 de la *Charte*, déclarer expressément qu'une loi ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'art. 2 ou des art. 7 à 15 de la *Charte*, il est presque inconcevable qu'ils supprimeraient complètement le droit fondamental lui-même que reconnaît la *common law*, à supposer qu'ils pourraient le faire.

While legal rights as well as language rights belong to the category of fundamental rights,

[i]t would constitute an error either to import the requirements of natural justice into . . . language rights . . . or vice versa, or to relate one type of right to the other . . . Both types of rights are conceptually different . . . To link these two types of rights is to risk distorting both rather than re-enforcing either.

(*MacDonald v. City of Montréal*, reasons of the majority, at pp. 500-501).

Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle. Some of them, such as the one expressed in s. 7 of the *Charter*, are so broad as to call for frequent judicial determination.

Language rights, on the other hand, although some of them have been enlarged and incorporated into the *Charter*, remain nonetheless founded on political compromise.

This essential difference between the two types of rights dictates a distinct judicial approach with respect to each. More particularly, the courts should pause before they decide to act as instruments of change with respect to language rights. This is not to say that language rights provisions are cast in stone and should remain immune altogether from judicial interpretation. But, in my opinion, the courts should approach them with more restraint than they would in construing legal rights.

Such an attitude of judicial restraint is in my view compatible with s. 16 of the *Charter*, the introductory section of the part entitled "Official Languages of Canada".

Section 19(2) being the substantive provision which governs the case at bar, we need not concern ourselves with the substantive content of s. 16, whatever it may be. But something should be said about the interpretative effect of s. 16 as well as the question of the equality of the two official languages.

Bien que les garanties juridiques ainsi que les droits linguistiques relèvent de la catégorie des droits fondamentaux,

[c]e serait une erreur que de rattacher les exigences de la justice naturelle aux droits linguistiques . . . ou vice versa, ou de relier un genre de droit à un autre . . . Ces deux genres de droits sont différents sur le plan des concepts . . . Les lier, c'est risquer de les dénaturer tous les deux, plutôt que de les renforcer l'un et l'autre.

(*MacDonald c. Ville de Montréal*, motifs de la majorité, aux pp. 500 et 501.)

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. Certaines d'entre elles, par exemple celle énoncée à l'art. 7 de la *Charte*, sont formulées de manière si large que les tribunaux seront souvent appelés à les interpréter.

D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la *Charte*, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique.

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques.

À mon avis, une telle attitude de retenue de la part des tribunaux s'harmonise bien avec l'art. 16 de la *Charte*, qui sert d'introduction à la partie intitulée «Langues officielles du Canada».

Puisque c'est le par. 19(2) qui est la disposition de fond applicable à la présente espèce, nous n'avons pas à nous préoccuper du sens de l'art. 16 sur le plan du fond, quel qu'il puisse être. Il faut tout de même dire un mot concernant l'effet de l'art. 16 du point de vue de l'interprétation et concernant la question de l'égalité des deux langues officielles.

I think it is accurate to say that s. 16 of the *Charter* does contain a principle of advancement or progress in the equality of status or use of the two official languages. I find it highly significant however that this principle of advancement is linked with the legislative process referred to in s. 16(3), which is a codification of the rule in *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182. The legislative process, unlike the judicial one, is a political process and hence particularly suited to the advancement of rights founded on political compromise.

One should also take into consideration the constitutional amending formula with respect to the use of official languages. Under s. 41(c) of the *Constitution Act, 1982*, the unanimous consent of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province is required for that purpose but "subject to section 43". Section 43 provides for the constitutional amendment of provisions relating to some but not all provinces and requires the "resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province to which the amendment applies". It is public knowledge that some provinces other than New Brunswick—and apart from Quebec and Manitoba—were expected ultimately to opt into the constitutional scheme or part of the constitutional scheme prescribed by ss. 16 to 22 of the *Charter*, and a flexible form of constitutional amendment was provided to achieve such an advancement of language rights. But again, this is a form of advancement brought about through a political process, not a judicial one.

If however the provinces were told that the scheme provided by ss. 16 to 22 of the *Charter* was inherently dynamic and progressive, apart from legislation and constitutional amendment, and that the speed of progress of this scheme was to be controlled mainly by the courts, they would have no means to know with relative precision what it was that they were opting into. This would certainly increase their hesitation in so doing and would

Je crois qu'il est exact d'affirmer que l'art. 16 de la *Charte* contient un principe d'avancement ou de progression vers l'égalité de statut ou d'usage des deux langues officielles. Je considère toutefois qu'il est très significatif que ce principe de progression soit lié au processus législatif mentionné au par. 16(3) où se trouve consacrée la règle énoncée dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182. Comme le processus législatif est, à la différence du processus judiciaire, un processus politique, il se prête particulièrement bien à l'avancement des droits fondés sur un compromis politique.

On doit en outre prendre en considération la formule de modification constitutionnelle relativement à l'usage des langues officielles. Suivant l'al. 41c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province est nécessaire à cette fin, mais «sous réserve de l'article 43». L'article 43 prévoit la modification des dispositions de la Constitution applicables à certaines provinces seulement et exige que cela se fasse par des «résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée». Il est de notoriété publique qu'on s'attendait à ce que certaines provinces autres que le Nouveau-Brunswick, abstraction faite du Québec et du Manitoba, finissent par adhérer volontairement à la totalité ou à une partie du régime constitutionnel prescrit par les art. 16 à 22 de la *Charte*, et une procédure souple de modification de la Constitution a été prévue pour que cette progression dans le domaine des droits linguistiques puisse se réaliser. Mais là encore, il s'agit d'une forme de progression qui résulte d'un processus politique et non judiciaire.

Si toutefois on disait aux provinces que le régime créé par les art. 16 à 22 de la *Charte* est dynamique et progressif en soi, indépendamment de toute législation et de toute modification de la Constitution, et qu'il appartient surtout aux tribunaux de régler le rythme d'évolution de ce régime, elles se trouveraient alors dans l'impossibilité de savoir avec une exactitude relative ce à quoi elles adhèrent. Pareille situation les rendrait assurément

run contrary to the principle of advancement contained in s. 16(3).

In my opinion, s. 16 of the *Charter* confirms the rule that the courts should exercise restraint in their interpretation of language rights provisions.

I do not think the interpretation I adopt for s. 19(2) of the *Charter* offends the equality provision of s. 16. Either official language may be used by anyone in any court of New Brunswick or written by anyone in any pleading in or process issuing from any such court. The guarantee of language equality is not, however, a guarantee that the official language used will be understood by the person to whom the pleading or process is addressed.

Before I leave this question of equality however, I wish to indicate that if one should hold that the right to be understood in the official language used in court is a language right governed by the equality provision of s. 16, one would have gone a considerable distance towards the adoption of a constitutional requirement which could not be met except by a bilingual judiciary. Such a requirement would have far reaching consequences and would constitute a surprisingly roundabout and implicit way of amending the judicature provisions of the Constitution of Canada.

I have no difficulty in holding that the principles of natural justice as well as s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act*

entitle a party pleading in a court of New Brunswick to be heard by a court, the member or members of which are capable of understanding the proceedings, the evidence and the arguments, written and oral, regardless of the official language used by the parties.

But in my respectful opinion, no such entitlement can be derived from s. 19(2) of the *Charter*.

I would answer the constitutional question as follows:

plus réticentes à adhérer et irait à l'encontre du principe de progression énoncé au par. 16(3).

Selon moi, l'art. 16 de la *Charte* confirme la règle selon laquelle les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans leur interprétation des dispositions relatives aux droits linguistiques.

Je ne crois pas que ma façon d'interpréter le par. 19(2) de la *Charte* enfreint la disposition de l'art. 16 en matière d'égalité. L'une ou l'autre langue officielle peut être employée par n'importe quelle personne devant tout tribunal du Nouveau-Brunswick ou dans toutes les affaires devant un tel tribunal et dans tous les actes de procédure qui en découlent. La garantie d'égalité des langues n'est toutefois pas une garantie que la langue officielle utilisée sera comprise par la personne à qui s'adresse la plaidoirie ou la pièce de procédure.

Cependant, avant d'en finir avec cette question d'égalité, je tiens à faire remarquer que si on devait conclure que le droit d'être compris dans la langue officielle employée devant un tribunal constitue un droit linguistique régi par la disposition en matière d'égalité de l'art. 16, on ferait un grand pas vers l'adoption d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être satisfait que par des tribunaux bilingues. Pareille exigence aurait des conséquences d'une portée incalculable et constituerait en outre un moyen étonnamment détourné et implicite de modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives à la magistrature.

Je conclus sans aucune hésitation que les principes de justice naturelle ainsi que le par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* confèrent

à une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties.

Avec égards cependant, j'estime qu'aucun droit de ce genre ne peut découler du par. 19(2) de la *Charte*.

Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle de la manière suivante:

A party pleading in a court of New Brunswick is entitled to be heard by a court, the member or members of which are capable by any reasonable means of understanding the proceedings, the evidence and the arguments, written and oral, regardless of the official language used by the parties; this entitlement is derived from the principles of natural justice and from s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act* however, and not from s. 19(2) of the *Charte*.

I will leave for another day the question as to the reasonable means necessary to ensure that the member or members of a court understand the proceedings, the evidence and the arguments, written or oral, regardless of the official language used by the parties.

It remains to be decided whether Stratton J.A. was disqualified on the ground that his command of the French language was allegedly inadequate.

We have two conflicting affidavits on this point and, in my opinion, we should not decide this case, even in part, on the basis of a choice between these affidavits.

I agree with the following reasons given by Wilson J. why, on the facts of this case, we cannot reach the conclusion that Stratton J.A. was disqualified:

1. In the absence of any system of testing, it is for the judge to assess in good faith and in as objective a manner as possible, his or her level of understanding of the language of the proceedings.

2. We cannot infer, from Stratton J.A.'s accession to counsel's request that he refer the applications to a bilingual judge, that he necessarily agreed with the appellants that his degree of understanding of the French language was inadequate.

3. We may infer from the conduct of Stratton J.A. that he considered that he had an adequate understanding of the French language to sit on the case in accordance with the requirements of natural justice and of s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act*.

Une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick a le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont, par des moyens raisonnables, en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties; ce droit découle toutefois des principes de justice naturelle et du par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* et non pas du par. 19(2) de la *Charte*.

Il faudra attendre une autre occasion pour décider de la question des moyens raisonnables qui peuvent assurer que le ou les membres d'un tribunal soient en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties.

Reste à décider si le juge Stratton était incompétent pour siéger pour le motif que sa maîtrise du français était prétendument insuffisante.

Deux affidavits contradictoires ont été produits sur cette question et, selon moi, notre décision en l'espèce ne doit pas être fondée, même en partie, sur un choix entre ces affidavits.

Je suis d'accord avec les raisons suivantes qu'a données le juge Wilson pour expliquer pourquoi, compte tenu des faits de la présente affaire, nous ne pouvons conclure à l'incompétence du juge Stratton:

1. À défaut d'un système de tests, un juge doit, de bonne foi et de la manière la plus objective possible, évaluer lui-même son niveau de compréhension de la langue des procédures.

2. On ne saurait déduire de la décision du juge Stratton d'acquiescer à la demande de l'avocat et de renvoyer les demandes à un juge bilingue qu'il a nécessairement partagé l'avis des appelantes quant à l'insuffisance de sa compréhension du français.

3. Nous pouvons déduire de la conduite du juge Stratton qu'il a jugé qu'il comprenait assez bien le français pour instruire l'affaire d'une manière conforme aux exigences de justice naturelle et du par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*.

4. It is very significant that counsel did not raise the issue of Stratton J.A.'s competence to sit on the merits of the applications.

I would dismiss the appeal with costs. However, there will be no order as to costs for or against the interveners.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—

1. The Facts

In January 1982 the appellants, the Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. and the Association des conseillers scolaires francophones du Nouveau-Brunswick (the "Society") brought an action seeking declaratory and injunctive relief against the Minority Language School Board No. 50 (the "Board") to prevent it from offering French immersion programs to French-speaking students in the Board's English schools contrary to the *Schools Act*, R.S.N.B. 1973, c. S-5, and the *Official Languages of New Brunswick Act*, R.S.N.B. 1973, c. O-1. The merits of that particular action are not presently before this Court but questions arising from the procedural history of the litigation are.

In March of 1982 six parents of students attending school in the Grand Falls area sought leave to be added as co-defendants in the action with the Board. They indicated that they did not have confidence in the Board to represent their interests. The application was denied by Daigle J. on April 27, 1982 on the ground that the Court could settle the matters in dispute without their intervention. The Board was the decision-making body entrusted by the *Schools Act* with the responsibilities and obligations pertaining to the education of the children in the district. The parents had failed, in Daigle J.'s view, to establish that the Board did not fully represent their interests. The parents did not appeal his decision.

On June 24, 1983 Richard C.J. of the New Brunswick Court of Queen's Bench delivered judgment on the merits of the action in favour of the Society: 48 N.B.R. (2d) 361, 126 A.P.R. 361.

4. Le fait que les avocats n'aient pas contesté la compétence du juge Stratton pour juger au fond les demandes est très révélateur.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Toutefois, il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

Version française des motifs rendus par

b LE JUGE WILSON—

1. Les faits

En janvier 1982 les appelantes, la Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et l'Association des conseillers scolaires francophones du Nouveau-Brunswick (la «Société») ont intenté une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction qui auraient empêché le Minority Language School Board No. 50 (le «Conseil») d'offrir des programmes d'immersion en français aux élèves francophones de ses écoles anglaises contrairement à la *Loi scolaire*, L.R.N.-B. 1973, chap. S-5, et à la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1. Cette Cour n'est pas appelée en l'espèce à statuer sur le fond de cette action en particulier, mais elle est saisie de questions découlant des procédures engagées dans le cadre de ce litige.

En mars 1982, six parents d'élèves qui allaient à l'école dans la région de Grand Falls ont demandé à être ajoutés à titre de codéfendeurs avec le Conseil dans l'action. Ils ont dit ne pouvoir se fier au Conseil pour représenter leurs intérêts. Dans une décision en date du 27 avril 1982, le juge Daigle a rejeté la demande pour le motif que la cour pouvait trancher les questions en litige sans leur intervention. Suivant la *Loi scolaire*, le Conseil était l'organisme décisionnel à qui incombaient les responsabilités et les obligations relatives à l'instruction des enfants du district. Or, selon le juge Daigle, les parents n'avaient pas établi que le Conseil ne représentait pas entièrement leurs intérêts. Les parents n'ont pas interjeté appel de cette décision.

Le 24 juin 1983, le juge en chef Richard de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a statué sur le fond de l'action en faveur de la Société: 48 R.N.-B. (2d) 361, 126 A.P.R. 361.

Confident that the Board would respect the decision of the Court, he decided not to issue the injunction but reserved jurisdiction for six months in order to do so in the event of non-compliance. When the Board offered, starting September 1983, an "Extended Core French Program" to twenty-nine students the Society again asked for an injunction. Richard C.J.Q.B. provided clarifications of the June 24, 1983 decision on October 4, 1983, 50 N.B.R. (2d) 41, 131 A.P.R. 41, and December 9, 1983, 51 N.B.R. (2d) 219, 134 A.P.R. 219, but refused to grant the requested injunction on the ground that his earlier decision might have lacked the necessary clarity. A motion for intervention in the application for the injunction brought by the parents of two children in the program and filed on October 19, 1983 was also rejected by Richard C.J.Q.B. in his decision of December 9, 1983.

The Board, despite pressure from parents of the students who would have enrolled in the program, decided not to appeal the June 24, 1983 decision as clarified. The parents, including the six who had originally applied for joinder in March of 1982, banded together and created the respondent Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch (the "Association") on November 22, 1983. On January 11, 1984 applications for leave to appeal the Chief Justice's judgment and for an extension of the appeal period were filed by the Association pursuant to Rules 15, 3.02 and 9 of the *Rules of Court of New Brunswick* (1982). A hearing was scheduled for January 20, 1984 before Stratton J.A. in the Court of Appeal. Prior to the hearing the Society requested that the matter be heard by a bilingual judge as some of the presentations were to be in French. Stratton J.A. acceded to the request and referred the matter to Angers J.A. who, after hearing argument, decided that an application for leave to appeal by a person not a party to the original action, resting as it must on the inherent jurisdiction of the Court of Appeal, had to be dealt with by a panel of the Court: 53 N.B.R. (2d) 158, 138 A.P.R. 158. The matter was heard on March 1, 1984 by a panel of three,

Convaincu que le Conseil respecterait la décision de la cour, il a décidé de ne pas prononcer d'injonction, s'accordant toutefois un délai de six mois pour le faire en cas de non-respect du jugement. Quand, en septembre 1983, le Conseil a commencé à offrir à vingt-neuf élèves un programme [TRANSDUCTION] «de base intensif» en français, la Société a de nouveau demandé une injonction. Le 4 octobre 1983, 50 R.N.-B. (2d) 41, 131 A.P.R. 41, et le 9 décembre 1983, 51 R.N.-B. (2d) 219, 134 A.P.R. 219, le juge en chef Richard a fourni des éclaircissements sur sa décision du 24 juin 1983, mais a refusé d'accorder l'injonction demandée pour le motif que sa décision antérieure aurait pu ne pas être suffisamment claire. Dans sa décision en date du 9 décembre 1983, le juge en chef Richard a en outre rejeté une requête, présentée par les parents de deux enfants inscrits au programme et déposée le 19 octobre 1983, en vue d'obtenir l'autorisation d'intervenir dans la demande d'injonction.

Malgré les pressions exercées par les parents des élèves qui se seraient inscrits au programme, le Conseil a décidé de ne pas porter en appel la décision du 24 juin 1983 telle qu'elle avait été clarifiée. Les parents, y compris les six qui avaient initialement demandé à être mis en cause en mars 1982, se sont réunis pour créer, le 22 novembre 1983, l'Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch (l'«Association»), intimée en l'espèce. Le 11 janvier 1984, l'Association a déposé des demandes, conformément aux règles 15, 3.02 et 9 des *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick* (1982) en vue d'obtenir d'une part l'autorisation d'en appeler du jugement du Juge en chef et d'autre part la prorogation du délai d'appel. L'audience a été fixée au 20 janvier 1984 et devait avoir lieu devant le juge Stratton de la Cour d'appel. Avant l'audience, la Société a demandé que l'affaire soit entendue par un juge bilingue vu qu'une partie des plaidoiries devait se faire en français. Le juge Stratton a accédé à cette demande et a renvoyé l'affaire au juge Angers qui, à l'issue des plaidoiries, a décidé qu'une demande d'autorisation d'appel émanant d'une personne qui n'a pas été une partie à l'action initiale relève nécessairement de la compétence inhérente de la Cour d'appel et doit, en consé-

Stratton J.A. (presiding) and La Forest and Angers JJ.A. The Association was granted leave to appeal and also an extension of time: 54 N.B.R. (2d) 198, 140 A.P.R. 198, 8 D.L.R. (4th) 238. On March 23, 1984 the Association filed a notice of appeal against the three decisions rendered by Richard C.J.Q.B. and on April 11, 1984 the Board filed a notice of cross-appeal.

2. The Issues

The Society appeals to this Court on three grounds. The first ground is reflected in the question framed by Dickson C.J. on August 30, 1984 as follows:

Does s. 19(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* entitle a party pleading in a court of New Brunswick to be heard by a court, the member or members of which are capable of understanding the proceedings, the evidence and the arguments, written and oral, regardless of the official language used by the parties?

The second issue raised by the appellant is whether the New Brunswick Court of Appeal had inherent jurisdiction to grant leave to appeal when the person seeking leave was not a party to the original action and was applying out of time. The third issue is, assuming the Court of Appeal had jurisdiction to grant leave to appeal, did it exercise its discretion properly? It is proposed to deal with the second and third issues first.

3. The Inherent Jurisdiction of the New Brunswick Court of Appeal

La Forest J.A. (as he then was) writing for the New Brunswick Court of Appeal concluded that the Court could, pursuant to its inherent jurisdiction, grant the Association leave to be added as a party for the purpose of launching an appeal. According to La Forest J.A. the inherent jurisdiction of the New Brunswick Court of Appeal is derived from s. 8(2) of the *Judicature Act*,

quence, être étudiée par une formation de la cour: 53 R.N.-B. (2d) 158, 138 A.P.R. 158. La demande a donc été entendue le 1^{er} mars 1984 par une formation de trois juges (le juge Stratton, qui a présidé, et les juges La Forest et Angers). L'Association a obtenu l'autorisation d'appel et aussi une prorogation de délai: 54 R.N.-B. (2d) 198, 140 A.P.R. 198, 8 D.L.R. (4th) 238. Le 23 mars 1984, l'Association a déposé un avis d'appel visant les trois décisions du juge en chef Richard, puis, le 11 avril 1984, le Conseil a produit un avis d'appel incident.

2. Les questions en litige

La Société invoque trois moyens d'appel en cette Cour. Le premier de ces moyens se dégage de la question suivante formulée par le juge en chef Dickson le 30 août 1984:

Le paragraphe 19(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère-t-il à une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties?

La deuxième question soulevée par l'appelante est de savoir si la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick est investie d'une compétence inhérente pour faire droit à une demande d'autorisation d'appel lorsque l'auteur de la demande n'était pas une partie à l'action initiale et que la demande a été présentée hors délai. À supposer que la Cour d'appel ait eu compétence pour accorder l'autorisation d'appel, la troisième question est de savoir si elle a exercé son pouvoir discrétionnaire correctement. Examinons d'abord la deuxième et la troisième questions.

3. La compétence inhérente de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick

Le juge La Forest (maintenant juge de cette Cour), qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, a conclu que celle-ci pouvait, conformément à sa compétence inhérente, autoriser la mise en cause de l'Association pour qu'elle puisse former un appel. Selon le juge La Forest, la compétence inhérente de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick découle du par.

R.S.N.B. 1973, c. J-2 as amended by 1978 (N.B.), c. 32, s. 8, and 1979 (N.B.), c. 36, s. 1, which reads as follows:

8 (2) The Court of Appeal shall have and exercise appellate jurisdiction, with such original jurisdiction as may be necessary or incidental to the determining of an appeal; and shall have all the jurisdiction and powers possessed by the Court of Appeal immediately before September 4, 1979, with appellate jurisdiction in civil and criminal causes and matters, and with jurisdiction and power to hear and determine motions and appeals respecting any judgment, order or decision of any judge of the Courts.

When traced back through its predecessors, this section, he found, vests the powers of the Court of Chancery in the New Brunswick Court of Appeal. The Society had submitted that the jurisdiction of the Court to grant leave must be found in the Rules of Court. However, in *La Forest J.A.*'s view, the fact that the Rules of Court set out no procedure with respect to leave applications did not prevent the Court from exercising its traditional jurisdiction under s. 8(2). Since the Association had been reasonably diligent in bringing the matter before the Court and no objection had been made by any of the parties to an extension of time, the second motion was also granted.

The issue before the Court then is whether the New Brunswick Court of Appeal had inherent jurisdiction to grant leave to appeal to a non-party when neither of the parties themselves had appealed and the time for appeal had expired.

Rule 15, the rule dealing with interveners, was advanced by the Association in support of its claim for status. The Rule provides:

15.01 Leave to Intervene as Added Party

(1) Where a person who is not a party claims

(a) an interest in the subject matter of a proceeding,

8(2) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2, modifiée par 1978 (N.-B.), chap. 32, art. 8, et 1979 (N.-B.), chap. 36, art. 1. En voici le texte:

^a 8 (2) La Cour d'appel possède et exerce une compétence en matière d'appel en plus de la compétence en première instance qui peut être nécessaire ou accessoire pour statuer sur un appel; elle possède en outre toute la compétence et tous les pouvoirs qu'avait la Cour d'appel ^b immédiatement avant le 4 septembre 1979 avec compétence d'appel dans les causes et questions civiles et criminelles ainsi que la compétence et le pouvoir d'entendre et juger les requêtes et les appels concernant un jugement, une ordonnance ou une décision d'un juge des ^c Cours.

Il a estimé que, si l'on tient compte des dispositions qui l'ont précédé, cet article investit la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick des pouvoirs de la ^d Cour de chancellerie. La Société avait fait valoir que la compétence de la cour pour accorder l'autorisation d'appel doit découler des Règles de procédure. De l'avis du juge *La Forest*, cependant, le fait que ces règles n'énoncent pas de procédure ^e relative aux demandes d'autorisation n'empêche pas la Cour d'appel d'exercer la compétence traditionnelle que lui confère le par. 8(2). Puisque l'Association l'avait saisie de l'affaire dans un délai ^f raisonnable et qu'aucune des parties ne s'était opposée à une prorogation, la cour a aussi fait droit à la seconde requête.

La question en cette Cour est donc de savoir si ^g la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick possède une compétence inhérente pour accorder une autorisation d'appel à une personne qui n'est pas partie à l'instance lorsque ni l'une ni l'autre partie à l'instance n'a elle-même interjeté appel et que le ^h délai d'appel est expiré.

La règle 15 portant sur les intervenants a été invoquée par l'Association à l'appui de sa réclamation de qualité pour agir. La règle 15 dispose:

ⁱ 15.01 Permission d'intervenir comme partie additionnelle

(1) Toute personne qui n'est pas partie à l'instance et qui

^j a) prétend avoir un intérêt dans le litige,

(b) that he may be adversely affected by a judgment in a proceeding, or

(c) that there exists between him and one or more of the parties a question of law or fact in common with a question in issue in a proceeding,

he may apply to the court by notice of motion for leave to intervene as an added party.

La Forest J.A. expressly refrained from commenting on the applicability of this rule beyond noting that the word "court" as defined in Rule 1.04 referred only to the Queen's Bench. As mentioned earlier, some of the parents in the Association had sought leave to be added as co-defendants at trial and been refused. They did not try to appeal that refusal although interlocutory orders are appealable with leave under Rule 62.03. The motion before the Court of Appeal might be viewed, therefore, as an attempt by those parents to do indirectly that which they had failed to do directly, namely try to obtain a reversal of the decision of Daigle J. This assumes, of course, that the Association can be equated with these particular parents even although its membership extends beyond that group, which seems doubtful to say the least. Be that as it may, the Court of Appeal did not deal with the matter under the *Rules of Court of New Brunswick* but under its inherent jurisdiction. It is noted in any event that Rule 62.21 which confers wide powers on the Court of Appeal expressly provides:

(6) An interlocutory order or decision from which there has been no appeal shall not operate to prevent the Court of Appeal from rendering any decision or making any order.

Moreover, it would appear from the reasons of La Forest J.A. that the Court accepted the sworn statement of the President of the Association that it was not until they had all the documents to study, the original judgment plus the two clarifications, that the full impact of the trial judgment came through to them.

b) prétend qu'elle risque d'être lésée par le jugement éventuel ou

c) prétend qu'il existe entre elle et une ou plusieurs des parties à l'instance une question de droit ou de fait coïncidant avec une ou plusieurs des questions en litige,

peut demander à la cour, sur avis de motion, la permission d'intervenir comme partie additionnelle.

b Le juge La Forest s'est expressément abstenu de tout commentaire sur l'applicabilité de cette règle, si ce n'est pour faire remarquer que le mot «cour» défini à la règle 1.04 ne désigne que la Cour du Banc de la Reine. Comme je l'ai déjà dit, certains des parents faisant partie de l'Association avaient demandé, mais en vain, à être ajoutés à titre de codéfendeurs en première instance. Ils n'ont pas tenté d'interjeter appel bien que, aux termes de la règle 62.03, on puisse en appeler d'ordonnances interlocutoires, à la condition d'obtenir l'autorisation de le faire. La requête en Cour d'appel pourrait donc être considérée comme une tentative par ces parents de faire indirectement ce qu'ils n'avaient pas fait directement, savoir tenter d'obtenir l'infirmité de la décision du juge Daigle. Cela suppose évidemment, ce qui est pour le moins douteux, que l'Association peut être assimilée à ces parents-là, même si ces derniers ne constituent qu'une partie de ses membres. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a procédé non pas en vertu des *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick*, mais en vertu de sa compétence inhérente. Soulignons qu'en tout état de cause la règle 62.21, qui confère de larges pouvoirs à la Cour d'appel, prévoit expressément:

(6) Le fait qu'une ordonnance ou qu'une décision interlocutoire n'a pas été portée en appel n'empêche pas la Cour d'appel de rendre une décision ou une ordonnance.

D'autre part, il se dégage des motifs du juge La Forest que la cour a cru le président de l'Association qui a déclaré sous serment que ce n'est que lorsqu'ils ont été en possession de tous les documents, c'est-à-dire le jugement initial ainsi que les deux décisions qui l'éclaircissent, qu'ils ont saisi dans toute son ampleur la portée du jugement de première instance.

Since *La Forest J.A.* relied for the inherent jurisdiction of the Court on s. 8(2) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, as amended, and its predecessor sections, it is necessary to trace the history of that section. I reproduce s. 8(2) here again for convenience.

8 (2) The Court of Appeal shall have and exercise appellate jurisdiction, with such original jurisdiction as may be necessary or incidental to the determining of an appeal; and shall have all the jurisdiction and powers possessed by the Court of Appeal immediately before September 4, 1979, with appellate jurisdiction in civil and criminal causes and matters, and with jurisdiction and power to hear and determine motions and appeals respecting any judgment, order or decision of any judge of the Courts.

The following provisions of the *Judicature Act* are also relevant:

1 In this Act and in the Rules—

“Court” means the Court of Appeal or the Court of Queen’s Bench, as the subject or context requires.

2(1) The Supreme Court of New Brunswick as constituted before September 4, 1979, shall be continued as courts of record under the names of The Court of Appeal of New Brunswick and The Court of Queen’s Bench of New Brunswick.

Section 21 of the *Judicature Act* sets out the relationship between the Act and the Rules of Court:

21 The jurisdiction of the Court shall be exercised, so far as regards procedure and practice, in the manner provided by this Act and the Rules, or by rules and orders of the Court made pursuant to this Act, and where no special provision is contained in this Act or in the rules or orders of the Court with reference thereto, it shall be exercised as nearly as may be in the same manner as it might have been exercised prior to the commencement of this Act.

The historical antecedents of these provisions are as follows:

The *Judicature Act*, R.S.N.B. 1952, c. 120:

8. (1) ...

(2) The Court of Appeal shall have and exercise appellate jurisdiction, with such original jurisdiction as may be necessary or incidental to the determining of any appeal; and shall have all the jurisdiction and powers

Puisque le juge *La Forest* a fondé la compétence inhérente de la Cour d’appel sur le par. 8(2) de la *Loi sur l’organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2, et ses modifications, et sur les dispositions qui l’ont précédé, il est nécessaire de faire l’historique de ce paragraphe. Par souci de commodité, je le reproduis de nouveau:

8 (2) La Cour d’appel possède et exerce une compétence en matière d’appel en plus de la compétence en première instance qui peut être nécessaire ou accessoire pour statuer sur un appel; elle possède en outre toute la compétence et tous les pouvoirs qu’avait la Cour d’appel immédiatement avant le 4 septembre 1979 avec compétence d’appel dans les causes et questions civiles et criminelles ainsi que la compétence et le pouvoir d’entendre et juger les requêtes et les appels concernant un jugement, une ordonnance ou une décision d’un juge des Cours.

Les dispositions suivantes de la *Loi sur l’organisation judiciaire* sont également pertinentes:

1 Dans la présente loi et dans les Règles

«Cour» désigne la Cour d’appel ou la Cour du Banc de la Reine, suivant ce que le sujet ou le contexte exige;

2(1) La Cour suprême du Nouveau-Brunswick telle qu’elle était établie avant le 4 septembre 1979 continue de constituer des tribunaux d’archives sous l’appellation de Cour d’appel du Nouveau-Brunswick et de Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick.

L’article 21 de la *Loi sur l’organisation judiciaire* énonce le lien qui existe entre la Loi et les Règles de procédure:

21 La compétence de la Cour s’exerce, en matière de procédure et de pratique, de la manière prévue par la présente loi et les Règles ou par les règles et ordonnances de la Cour établies conformément à la présente loi et, lorsque la présente loi ou les Règles ou les règles ou ordonnances de la Cour ne contiennent pas de dispositions particulières s’y rapportant, elle s’exerce, autant que possible, de la même manière qu’elle l’aurait été avant l’entrée en vigueur de la présente loi.

Ces dispositions ont succédé aux dispositions suivantes:

Judicature Act, R.S.N.B. 1952, chap. 120:

[TRADUCTION] 8. (1) ...

(2) La Cour d’appel possède et exerce une compétence en matière d’appel en plus de la compétence en première instance qui peut être nécessaire ou accessoire pour statuer sur un appel; elle possède en outre toute la

possessed by the Court of Appeal immediately before the commencement of this Act, with appellate jurisdiction in civil and criminal causes and matters, and jurisdiction and power to hear and determine motions and appeals respecting any judgment, order or decision of a judge of the Queen's Bench or Chancery Division, and of any judge of the Court of Appeal.

23. The jurisdiction of the Court shall be exercised, so far as regards procedure and practice, in the manner provided by this Act, and the Rules, or by Rules and Orders of the Court made pursuant to this Act, and where no special provision is contained in this Act or in any such Rules or Orders with reference thereto, it shall be exercised as nearly as may be in the same manner as the same might have been exercised prior to the commencement of this Act.

The Judicature Act, R.S.N.B. 1927, c. 113:

8. (1) The Court of Appeal shall be always open, but shall hold during each year, in the City of Fredericton five Sessions, to be presided over by the three Judges of the Court of Appeal, for the purpose of hearing and determining all motions and applications that heretofore have been or could have been heard and determined by the Court of Appeal, or that are proper to be heard and determined by a Supreme Court of Record *en banc*. The Court of Appeal shall have and exercise appellate jurisdiction, with such original jurisdiction as may be necessary or incident to the determination of any appeal; and shall have all the jurisdiction and powers possessed by the Appeal Division of the Supreme Court, immediately before the commencement of this Act, with appellate jurisdiction in civil and criminal causes and matters and jurisdiction and power to hear and determine motions and appeals respecting any judgment, order or decision of any Judge or Judges of the King's Bench or Chancery Division, and of any Judge of the Court of Appeal.

23. The jurisdiction of the Court shall be exercised (so far as regards procedure and practice) in the manner provided by this Act, and the Rules, or by Rules and Orders of the Court, made pursuant to this Act, and where no special provision is contained in this Act, or in any such Rules or Orders with reference thereto, it shall be exercised as nearly as may be in the same manner as the same might have been exercised prior to the commencement of this Act.

The Judicature Act, 1909, 1909 (N.B.), c. 5:

3. The Supreme Court of New Brunswick as constituted before this Act, a Court of Common Law and

compétence et tous les pouvoirs qu'avait la Cour d'appel immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi avec compétence d'appel dans les causes et questions civiles et criminelles ainsi que la compétence et le pouvoir d'entendre et juger les requêtes et les appels concernant un jugement, une ordonnance ou une décision d'un juge de la division du Banc de la Reine ou de la Chancellerie et d'un juge de la Cour d'appel.

23. La compétence de la Cour s'exerce, en matière de procédure et de pratique, de la manière prévue par la présente loi et les Règles ou par les règles et ordonnances de la Cour établies conformément à la présente loi et, lorsque la présente loi ou lesdites règles ou ordonnances ne contiennent pas de dispositions particulières s'y rapportant, elle s'exerce, autant que possible, de la même manière qu'elle l'aurait été avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

The Judicature Act, R.S.N.B. 1927, chap. 113:

[TRADUCTION] 8. (1) La Cour d'appel siège en permanence, mais tient chaque année dans la ville de Fredericton cinq sessions présidées par les trois juges de ladite Cour aux fins d'entendre et de juger toutes les requêtes et demandes qui, jusqu'ici, ont été ou ont pu être entendues et jugées par la Cour d'appel ou qui relèvent de la compétence d'une cour suprême d'archives siégeant en banc. La Cour d'appel possède et exerce une compétence en matière d'appel en plus de la compétence en première instance qui peut être nécessaire ou accessible pour statuer sur un appel; elle possède en outre toute la compétence et tous les pouvoirs qu'avait la Division d'appel de la Cour suprême immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi avec compétence d'appel dans les causes et questions civiles et criminelles ainsi que la compétence et le pouvoir d'entendre et juger les requêtes et les appels concernant un jugement, une ordonnance ou une décision d'un juge ou des juges de la division du Banc du Roi ou de la Chancellerie et d'un juge de la Cour d'appel.

23. La compétence de la Cour s'exerce (en matière de procédure et de pratique) de la manière prévue par la présente loi et les Règles ou par les règles et ordonnances de la Cour établies conformément à la présente loi et, lorsque la présente loi ou lesdites règles ou ordonnances ne contiennent pas de dispositions particulières s'y rapportant, elle s'exerce, autant que possible, de la même manière qu'elle l'aurait été avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

The Judicature Act, 1909, 1909 (N.-B.), chap. 5:

[TRADUCTION] 3. La Cour suprême du Nouveau-Brunswick, étant avant l'entrée en vigueur de la présente

Equity and possessing original and appellate jurisdiction in civil and criminal cases, shall continue under the aforesaid name to constitute one Supreme Court of Judicature for New Brunswick.

15. The jurisdiction of the court shall be exercised (so far as regards procedure and practice) in the manner provided by this Act, and the rules herewith, or by rules and orders of court, to be made pursuant to this Act, and where no special provision is contained in this Act, or in any such rules or orders with reference thereto, it shall be exercised, as nearly as may be, in the same manner as the same might have been exercised prior to the commencement of this Act.

The Judicature Act, 1906, 1906 (N.B.), c. 37:

3. The Supreme Court, Circuit Courts, all Courts of Oyer and Terminer and General Gaol Delivery and the Supreme Court in Equity are hereby abolished, and there is hereby created one Supreme Court of Judicature for the Province, hereinafter called the Court, and to consist of two divisions—The Court of Appeal and The Trial Division. The Court shall be a Court of Record of original jurisdiction and shall, subject to the provisions of this Act and Rules of Court, possess all such powers and authority as by the law of England are incident to a Superior Court of Civil and Criminal Jurisdiction, and shall continue to have, use and exercise the jurisdiction, rights, powers and authority which at the commencement of this Act were vested in, or capable of being exercised by the Supreme Court, either on the law, equity or exchequer side thereof, or otherwise howsoever.

6. Whenever by any law, statute or custom any jurisdiction, duty, power or authority, whether incident to the administration of justice or not, shall have been conferred or imposed upon the Judges of the Supreme Court or upon any one of them, or upon the Judge in Equity, such jurisdiction, duty, power and authority shall, unless special provision be made to the contrary, be deemed to be conferred and imposed upon the Judges of the Court hereby created, and the same shall be exercised by them in as full and ample a manner as they heretofore have been by the said first named Judges of the Supreme Court, Judge in Equity, or any of them.

19. The several jurisdictions vested in the Court shall not be exercised except in the name of the Supreme Court of Judicature save as otherwise in this Act or Rules provided.

20. The jurisdiction of the Court shall be exercised (so far as regards procedure and practice) in the manner

loi une cour de *common law* et d'*equity* dotée de compétence de première instance et d'appel en matière civile et criminelle, continue sous le même nom à constituer une Cour suprême de judicature pour le Nouveau-Brunswick.

15. La compétence de la Cour s'exerce (en matière de procédure et de pratique) de la manière prévue par la présente loi et les règles dont elle est assortie ou par les règles et ordonnances de la Cour établies conformément à la présente loi et, lorsque la présente loi ou lesdites règles ou ordonnances ne contiennent pas de dispositions particulières s'y rapportant, elle s'exerce, autant que possible, de la même manière qu'elle l'aurait été avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

The Judicature Act, 1906, 1906 (N.-B.), chap. 37:

[TRADUCTION] 3. La Cour suprême, les cours de circuit, toutes les *Courts of Oyer and Terminer* et de *General Gaol Delivery* ainsi que la Cour suprême en *equity* sont par les présentes abolies et est constituée une Cour suprême de judicature pour la province, ci-après appelée la Cour, composée de deux divisions, savoir: la Cour d'appel et la Division de première instance. La Cour est une cour d'archives ayant compétence en première instance qui, sous réserve des dispositions de la présente loi et des Règles de pratique, possède tous les pouvoirs et toute l'autorité qui, selon la loi d'Angleterre, sont le propre d'une cour supérieure de juridiction civile et criminelle, et elle continue de posséder et d'exercer la compétence, les droits, les pouvoirs et l'autorité qui, à l'entrée en vigueur de la présente loi, appartenaient à la Cour suprême ou que celle-ci était susceptible d'exercer en sa qualité de cour de *common law*, d'*equity* ou de l'échiquier ou en quelque autre qualité.

6. Sauf une disposition particulière prévoyant le contraire, lorsqu'une loi, un texte législatif ou la coutume confère ou impose aux juges de la Cour suprême ou à l'un deux, ou au juge en *equity* une compétence, une fonction ou un pouvoir, accessoire ou non à l'administration de la justice, cette compétence, cette fonction ou ce pouvoir sont réputés avoir été conférés et imposés aux juges de la Cour créée par la présente loi et ils les exercent aussi pleinement que lesdits juges de la Cour suprême ou ledit juge en *equity*.

19. Sauf disposition contraire de la présente loi ou des Règles, les différents types de compétence attribués à la Cour ne s'exercent qu'au nom de la Cour suprême de judicature.

20. La compétence de la Cour s'exerce (en matière de procédure et de pratique) de la manière prévue par la

provided by this Act, and the Rules herewith, or by Rules and Orders of Court, to be made pursuant to this Act; and where no special provision is contained in this Act, or in any such Rules or Orders, with reference thereto, it shall be exercised as nearly as may be, in the same manner as the same might have been exercised prior to the commencement of this Act.

Going even further back one finds the following enactments. In 1854 *An Act relating to the administration of Justice in Equity*, 1854 (N.B.), 17 Vict., c. 18:

Be it enacted—1. The Supreme Court shall hear and determine in Equity all causes heretofore cognizable by the Court of Chancery, with the like powers and jurisdiction, principles of equity law, and rules of practice, subject to the regulations in the several Chapters of this Title mentioned; and all suits remaining undetermined in Chancery, together with all the rolls, records, and proceedings of the Court, shall be transferred to the Supreme Court, and be there continued and kept; and such suits, with all other causes, be heard, tried, and determined according to the equity jurisdiction hereby established under the name of “The Supreme Court on the Equity side,” or “In Equity;” and the said Court of Chancery is hereby abolished except where it may be necessary for the transaction of business in cases of lunacy.

2. The practice of the Court of Chancery in England prior to the twenty third day of March one thousand eight hundred and thirty nine, to be applied as has heretofore been done in this Province with respect to the practice of the said Court when this Province was erected, together with the existing rules, orders, practice, and fees, as now established in the Court of Chancery of this Province, whether framed or constituted under the authority of any repealed Act of Assembly or otherwise, subject to the provisions of the several Chapters of this Title, and to any modifications of the whole under the next following Sections, shall be the system of proceeding for the said Supreme Court in Equity.

And in 1839, *An Act for the Improvement of the Practice in the Court of Chancery*, 1839 (N.B.), 2 Vict., c. 35:

XIII. And be it enacted, That in all matters relating to the practice of this Court, not otherwise particularly provided for by Legislative enactment or the rules and orders of this Court, the rules of practice of the High Court of Chancery in England, as now established, shall

présente loi et les règles dont elle est assortie ou par les règles et ordonnances de la Cour établies conformément à la présente loi et, lorsque la présente loi ou lesdites règles ou ordonnances ne contiennent pas de dispositions particulières s’y rapportant, elle s’exerce, autant que possible, de la même manière qu’elle l’aurait été avant l’entrée en vigueur de la présente loi.

Il existe des textes encore plus anciens. En 1854, on a adopté *An Act relating to the administration of Justice in Equity*, 1854 (N.B.), 17 Vict., chap. 18:

[TRADUCTION] *Il est édicté ce qui suit*—1. La Cour suprême entend et juge en *equity* toutes les causes qui, jusqu’ici, relevaient de la Cour de chancellerie, et elle est, sous réserve des règlements mentionnés aux différents chapitres du présent titre, investie des mêmes pouvoirs et de la même compétence et assujettie aux mêmes règles de pratique et elle applique les mêmes principes d’*equity*; et toutes les affaires en instance devant la Cour de chancellerie ainsi que l’ensemble des rôles, des registres et des actes de procédure de ladite cour sont transférés à la Cour suprême qui doit les maintenir et les conserver; et les actions en question ainsi que toutes les autres causes doivent être entendues, jugées et tranchées en conformité avec la compétence d’*equity* attribuée par la présente loi à la «Cour suprême en *equity*»; et ladite Cour de chancellerie est par les présentes abolie, sauf dans la mesure où son existence peut encore être nécessaire dans des cas de tutelle.

2. Sous réserve des dispositions des différents chapitres du présent titre et de toute modification que peuvent y apporter les articles qui suivent, les règles de pratique de ladite Cour suprême en *equity* sont celles qui étaient applicables à la Cour de chancellerie d’Angleterre avant le 23 mars 1839 et elles s’appliquent de la manière qu’elles ont toujours été appliquées à cette dernière Cour dans cette province depuis sa fondation, de la même manière que les règles, les ordonnances, la procédure et les frais qui existent présentement dans la Cour de chancellerie de cette province, qu’ils aient été ou non établis en vertu d’une loi abrogée de l’Assemblée.

En 1839, on a adopté *An Act for the Improvement of the Practice in the Court of Chancery*, 1839 (N.B.), 2 Vict., chap. 35:

[TRADUCTION] XIII. Il est en outre édicté que, dans toutes les affaires qui se rapportent à la procédure devant cette Cour et qui ne font l’objet d’aucune disposition particulière d’un texte législatif ou des règles et ordonnances de cette Cour, les règles de pratique présen-

be in force, subject nevertheless to the like exceptions, limitations, restrictions and rules of construction in the application of the same as the practice of the said High Court of Chancery prevailing and in force at the time of the erection of this Province have heretofore been, and subject to be altered, modified and restricted by such rules of practice as may be hereafter from time to time introduced and established in the Court of Chancery of this Province by any Act or Acts of the General Assembly, or the orders of the said Court.

(Emphasis added.)

As may be seen from these statutes, the jurisdiction of the New Brunswick Court of Appeal is, except as modified by legislation, essentially that exercised by the High Court of Chancery in England. Accordingly, it is through an examination of the Chancery practice that the scope of the Court's jurisdiction in a particular matter must be determined. The appellant Society does not dispute the relevance of Chancery practice. Its position rather is that the present facts do not fall within the principles laid down by the Chancery courts. Is it correct in this?

The concept of inherent jurisdiction has been described as "peculiar, amorphous, ubiquitous and pervasive": see I. H. Jacob "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Current Legal Problems* 23. Jacob points out that the Court's inherent jurisdiction derives from its nature as a court of law (at p. 24):

Moreover, the term "inherent jurisdiction of the court" is not used in contradistinction to the jurisdiction conferred on the court by statute. The contrast is not between the common law jurisdiction of the court on the one hand and its statutory jurisdiction on the other, for the court may exercise its inherent jurisdiction even in respect of matters which are regulated by statute or by rule of court, so long as it can do so without contravening any statutory provision. There is, nevertheless, an important difference between the nature of the inherent jurisdiction of the court and its statutory jurisdiction. The source of the statutory jurisdiction of the court is of course the statute itself, which will define the limits within which such jurisdiction is to be exercised, whereas the source of the inherent jurisdiction of the court is

tement applicables à la High Court of Chancery d'Angleterre s'appliquent, sous réserve toutefois des mêmes exceptions, limites, restrictions et règles d'interprétation que celles auxquelles ont été assujetties jusqu'ici les règles de pratique de ladite High Court of Chancery qui étaient en vigueur au moment de la fondation de cette province et sous réserve aussi de tout changement, de toute modification et de toute restriction résultant des règles de pratique de la Cour de chancellerie de cette province, qui pourront à l'occasion être établies par toute loi de l'Assemblée générale ou par les ordonnances de ladite Cour.

(C'est moi qui souligne.)

Il ressort des dispositions précitées que la compétence de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick est, sauf dans les cas où elle a été modifiée par voie législative, essentiellement celle qu'exerçait la High Court of Chancery d'Angleterre. En conséquence, c'est par un examen de la pratique des cours de chancellerie que la portée de la compétence de la Cour d'appel dans une affaire donnée doit être déterminée. La Société appelante ne conteste pas la pertinence de la pratique des cours de chancellerie. Elle prétend plutôt que les faits de la présente espèce ne relèvent pas des principes établis par ces cours. A-t-elle raison de prétendre cela?

Le concept de la compétence inhérente a été décrit comme étant [TRADUCTION] «étrange, flou, omniprésent et envahissant»: voir I. H. Jacob, «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Current Legal Problems* 23. Jacob souligne que la compétence inhérente de la cour découle de sa nature de cour de justice (à la p. 24):

[TRADUCTION] De plus, l'expression «compétence inhérente de la cour» n'est pas employée par opposition à compétence conférée par la loi. Il ne s'agit pas de mettre en contraste la compétence qu'a la cour en *common law* d'une part et sa compétence légale d'autre part, car elle peut exercer sa compétence inhérente même à l'égard de questions qui relèvent de la loi écrite ou des règles de pratique, à la condition qu'elle puisse le faire sans enfreindre aucune disposition législative. Il y a néanmoins une différence importante entre la compétence inhérente de la cour et sa compétence légale. Sa compétence légale résulte évidemment de la loi, qui fixe les limites de son exercice, tandis qu'une cour tient sa compétence inhérente de sa nature de cour de justice, de

derived from its nature as a court of law, so that the limits of such jurisdiction are not easy to define, and indeed appear to elude definition.

He describes the relationship between the Rules of Court and inherent jurisdiction as “generally cumulative and not mutually exclusive” (p. 25).

Despite the obvious difficulty in determining the limits of the inherent jurisdiction of the New Brunswick Court of Appeal, it is clear, I believe, that it is not unlimited since its invocation requires an exercise of judicial discretion in accordance with accepted principles. These principles may be found in statute or in inherited court practice. The *Rules of Court of New Brunswick* delineate the Court’s jurisdiction only in so far as they cover a particular situation. Where there is no specific procedure in the Rules of Court then according to s. 8(2) of the *Judicature Act* the Court of Appeal has in addition “. . . such original jurisdiction as may be necessary or incidental to the determining of an appeal.”

4. The Practice in Chancery

Appeals launched by persons not party to the original action were not uncommon in the Courts of Chancery. *Daniell’s Chancery Practice* (8th ed. 1914), vol. II, ch. XIX, p. 1111 notes that:

It is not necessary that the person who appeals should be actually a party to the record; it is sufficient if he has an interest in the question which may be affected by the judgment or order appealed from. The test is whether he could be made a party to the action by service . . . ; but a person not a party to the record must first apply *ex parte* to the Court of Appeal for permission to appeal.

It is only, however, where the interest of the party wishing to appeal will be bound by the judgment or order that an appeal at the instance of an individual not on the record will be permitted;

In John Sydney Smith’s text, *A Practice of the Court of Chancery* (1855), it is stated at p. 282:

sorte que les limites de cette compétence sont difficiles à définir, pour ne pas dire indéfinissables.

Il dit des règles de pratique et de la compétence inhérente qu’elles sont [TRADUCTION] «généralement cumulatives et qu’elles ne s’excluent pas mutuellement» (p. 25).

Malgré la difficulté manifeste que pose la détermination des limites de la compétence inhérente de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, il est évident, je crois, que cette compétence n’est pas illimitée parce qu’elle appelle l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour en conformité avec les principes établis, principes qui ressortent de la loi ou des usages de la cour en matière de procédure. Les *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick* ne définissent la compétence de la Cour d’appel que par rapport à des situations particulières. Lorsque les règles de pratique ne prévoient aucune procédure spécifique, alors, suivant le par. 8(2) de la *Loi sur l’organisation judiciaire*, la Cour d’appel possède en outre « . . . la compétence en première instance qui peut être nécessaire ou accessoire pour statuer sur un appel ».

4. La pratique des cours de chancellerie

Des appels formés par des personnes qui n’avaient pas été parties à l’action initiale n’étaient pas inusités devant les cours de chancellerie. Dans *Daniell’s Chancery Practice* (8th ed. 1914), vol. II, chap. XIX, à la p. 1111, on fait remarquer:

[TRADUCTION] Il n’est pas nécessaire que l’appelant soit une partie inscrite au dossier; il suffit qu’il ait dans l’affaire un intérêt susceptible d’être touché par le jugement ou l’ordonnance dont il est interjeté appel. Le critère est de savoir s’il pourrait, au moyen d’une signification, être constitué partie à l’action . . . ; mais une personne qui n’est pas une partie inscrite au dossier doit en premier lieu demander *ex parte* à la Cour d’appel l’autorisation d’appeler.

Toutefois, une personne non inscrite au dossier recevra l’autorisation d’appel seulement lorsque le jugement ou l’ordonnance en question aura une incidence sur son intérêt;

Dans l’ouvrage de John Sydney Smith, intitulé *A Practice of the Court of Chancery* (1855), on trouve, à la p. 282, le passage suivant:

Where a person not a party to the suit is desirous of obtaining a rehearing, he applies for leave to present a petition to rehear.

In the English manual, *Supreme Court Practice*, 1985, vol. 1, the jurisdiction of the English Court of Appeal is discussed as follows at p. 814:

But in addition, in accordance with old Chancery practice, any person may appeal by leave (obtained on *ex parte* motion to the Court of Appeal) if he could by possibility have been made a party to the action by service (*per* Jessel M.R. in *Crawcour v. Salter* (1882) 30 W.R. 329; *Re Youngs, Doggett v. Revett* (1885) 30 Ch. D. 421; *The Millwall* [1905] P. 162; *Re Hambrough's Estate, Hambrough v. Hambrough* [1909] 2 Ch. 620, pp. 625, 626; *Re B. (an infant)* [1958] 1 Q.B. 12; [1957] 3 All E.R. 193, C.A.). It does not require much to obtain leave: a person making out a *prima facie* case that he is a person interested, aggrieved or prejudicially affected by the judgment or order and should be given leave, will obtain it; but he cannot appeal without it (*Re Securities Insurance Co.* [1894] 2 Ch. 410, C.A. See also *Re Markham* (1880) 16 Ch. D. 1, C.A.; *Att.-Gen. v. Ailesbury* (1885) 16 Q.B.D. 412; *Re Ferdinand, Ex-Tsar of Bulgaria* [1921] 1 Ch. 107, p. 110, C.A.).

A number of cases cited in these texts were relied upon by La Forest J.A. in support of the Court's inherent jurisdiction. The most frequently cited authority is the following passage from the decision of Lindley L.J. in *Re Securities Insurance Co.*, [1894] 2 Ch. 410 at p. 413:

Now, what was the practice of the Court of Chancery before 1862, and what has it been since? I understand the practice to be perfectly well settled that a person who is a party can appeal (of course within the proper time) without any leave, and that a person who without being a party is either bound by the order or is aggrieved by it, or is prejudicially affected by it, cannot appeal without leave. It does not require much to obtain leave. If a person alleging himself to be aggrieved by an order can make out even a *prima facie* case why he should have leave he will get it; but without leave he is not entitled to appeal.

[TRADUCTION] Lorsqu'une personne qui n'a pas été partie à l'action désire obtenir une nouvelle audience, elle demande l'autorisation de présenter une demande de nouvelle audience.

^a Dans le manuel anglais intitulé *Supreme Court Practice*, 1985, vol. 1, voici ce qui est dit, à la p. 814, au sujet de la compétence de la Cour d'appel d'Angleterre:

^b [TRADUCTION] Mais en outre, conformément à la vieille pratique des cours de chancellerie, peut interjeter appel suite à une autorisation (obtenue par voie de requête *ex parte* présentée à la Cour d'appel) toute personne qui aurait pu être constituée partie à l'action par suite d'une signification (le juge Jessel, maître des rôles, dans la décision *Crawcour v. Salter* (1882) 30 W.R. 329; *Re Youngs, Doggett v. Revett* (1885) 30 Ch. D. 421; *The Millwall* [1905] P. 162; *Re Hambrough's Estate, Hambrough v. Hambrough* [1909] 2 Ch. 620, pp. 625, 626; *Re B. (an infant)* [1958] 1 Q.B. 12; [1957] 3 All E.R. 193, C.A.). Il n'est pas difficile d'obtenir l'autorisation d'appel: quiconque établit, au moyen d'une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire, qu'il a un intérêt dans le jugement ou l'ordonnance ou qu'il a été lésé ou préjudicié par le jugement ou l'ordonnance et qu'il devrait recevoir l'autorisation, l'obtiendra; mais il ne peut interjeter appel sans autorisation (*Re Securities Insurance Co.* [1894] 2 Ch. 410, C.A. Voir aussi *Re Markham* (1880) 16 Ch. D. 1, C.A.; *Att.-Gen. v. Ailesbury* (1885) 16 Q.B.D. 412; *Re Ferdinand, Ex-Tsar of Bulgaria* [1921] 1 Ch. 107, p. 110, C.A.).

Un certain nombre d'arrêts cités dans ces extraits ont été invoqués par le juge d'appel La Forest en vue d'étayer la compétence inhérente de la Cour d'appel. Le passage cité le plus souvent est celui tiré des motifs du lord juge Lindley dans l'arrêt *Re Securities Insurance Co.*, [1894] 2 Ch. 410 à la p. 413:

^h [TRADUCTION] Or, quelle était la pratique de la Cour de chancellerie avant 1862 et quelle est sa pratique depuis? Il est clairement établi, me semble-t-il, qu'une personne qui est partie à l'instance peut interjeter appel (à condition, bien sûr, de respecter les délais) sans autorisation, et qu'une personne qui, n'étant pas partie à l'instance, se trouve liée, lésée ou préjudiciée par l'ordonnance ne peut en appeler sans autorisation. Cette autorisation n'est toutefois pas difficile à obtenir. Si une personne qui se dit lésée par une ordonnance peut établir, ne fût-ce que par une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire, qu'il y a lieu de lui accorder l'autorisation d'appel, elle l'obtiendra; mais sans cette autorisation, elle ne peut former d'appel.

The case involved an attempt by a non-party who could have been present at the original proceeding to appeal a decision without leave being granted. Kay L.J., concurring with Lindley L.J., commented at p. 414:

I think that the 124th section shews that the practice to be observed in winding-up cases must be the same as the practice of the same Court in cases of appeal in matters other than a winding-up, and I think it was the invariable practice of the Court of Chancery, where a person was not a party on the record, to treat him as not entitled to appeal against an order made in the cause or matter, although he was aggrieved by it, without getting leave; but if he is aggrieved by it it is very easy for him to obtain leave.

A review of the cases listed in the English Manual indicates that in a proper case the practice of the Court of Chancery was to permit a grant of leave to appeal to a person not a party to an action. The test applied in order to determine when a case was a proper case for leave was whether the applicant would have been a proper, if not a necessary, party to the action. A number of factors which affect the exercise of a court's discretion on such an application are reflected in the cases. An appellant should be able to show, for example, (a) that its interest was not represented at the proceeding; (b) that it has an interest which will be adversely affected by the decision; (c) that it is, or can be, bound by the order; (d) that it has a reasonably arguable case; and (e) that the interests of justice in avoiding a multiplicity of proceedings would be served by the grant of leave. Many of these elements are present in any judicial determination as to the appropriate parties to a lawsuit. As pointed out in *Daniell's Chancery Practice, op. cit.*, vol. I, c. III, at p. 147:

It was the aim of the Court of Chancery to do complete justice by deciding upon and settling the rights of all persons interested in the subject of the suit, so as to make the performance of the order of the Court perfectly safe to those who were compelled to obey it, and to prevent future litigation. For this purpose, it was

Il s'agissait dans cette affaire d'une tentative par une personne qui n'était pas partie à l'action initiale, mais qui aurait pu être présente aux procédures, d'en appeler d'une décision sans avoir obtenu d'autorisation. Le lord juge Kay, abondant dans le sens du lord juge Lindley, dit à la p. 414:

[TRADUCTION] Selon moi, il ressort de l'article 124 que la pratique dans des affaires de liquidation doit être celle qui est suivie par la même cour pour les appels dans des cas autres que celui d'une liquidation, et j'estime que la pratique constante de la Cour de chancellerie a été de ne pas reconnaître à une personne non inscrite comme partie à l'instance le droit d'interjeter appel sans autorisation contre une ordonnance rendue dans l'affaire et ce, même si cette ordonnance lui a causé un préjudice; mais dans les cas de préjudice l'autorisation s'obtient très facilement.

À l'examen des décisions mentionnées dans le manuel anglais intitulé *Supreme Court Practice*, on constate que, chaque fois que cela était approprié, la Cour de chancellerie accordait l'autorisation d'appel à une personne qui n'avait pas été partie à l'action. Pour décider de l'opportunité de donner l'autorisation, le critère appliqué était celui de savoir si le requérant aurait pu être partie à l'action, même s'il n'était pas nécessaire qu'il soit constitué partie. La jurisprudence énonce plusieurs facteurs qui influent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'une cour saisie d'une demande de ce genre. Un appelant doit pouvoir prouver, par exemple, a) que ses intérêts n'ont pas été représentés au cours de l'instance, b) qu'il a un intérêt sur lequel la décision aura un effet préjudiciable, c) qu'il est lié par l'ordonnance ou est susceptible de l'être, d) que la preuve qu'il présente est raisonnablement soutenable et e) qu'il serait dans l'intérêt de la justice d'accorder l'autorisation, en ce sens que cela permettrait d'éviter des procédures multiples. Un tribunal tient compte d'un bon nombre de ces éléments en déterminant qui peut être partie à une action en justice. Comme on le fait remarquer dans *Daniell's Chancery Practice, op. cit.*, vol. I, chap. III, à la p. 147:

[TRADUCTION] La Cour de chancellerie avait pour objet de rendre justice d'une manière complète en déterminant les droits de toutes les personnes ayant un intérêt dans l'objet du litige, de manière que l'exécution de l'ordonnance de la cour ne comporte absolument aucun risque pour ceux qui sont tenus d'y obéir et de manière à

necessary that all persons materially interested in the subject should generally be made parties to the suit, either as plaintiffs or defendants.

The fact that the general approach of the Chancery courts was to add all interested parties does not, however, conclude the issue before us. The main submission of the appellant is that the time for appeal had expired. The respondent Association required therefore not only leave to appeal but an extension of time for appealing. There seems little doubt that the Court could extend time under Rule 3.02 of the *Rules of Court of New Brunswick*. I will return to that question later. The issue at this point is whether, as the Society submits, the fact that the application for leave is out of time should be determinative against a grant of leave or whether, as the Association submits, it is an altogether separate matter under another application. In other words, in the application for leave to appeal should the Court of Appeal of New Brunswick have been directing its mind to whether *a non-party out of time* can be given leave to appeal or merely whether *a non-party* can be given leave.

Although the precise practice in Chancery with respect to timeliness is difficult to assess from the reports, there are several authorities in which the Court commented on the effect of a lapse of time upon an application by a non-party for leave to appeal.

In *Re Padstow Total Loss and Collision Assurance Association* (1882), 20 Ch. D. 137, Jessel M.R. granted leave to appeal coupled with an extension of time to a person not a party to a winding-up order which had been obtained "practically *ex parte*". The applicant had moved for leave as soon as he became aware of the impact on his interest. Jessel M.R. said at pp. 142-43:

éviter tout litige futur. À cette fin, il était nécessaire que toutes les personnes ayant un intérêt réel dans l'objet du litige soient en règle générale constituées parties, soit à titre de demandeurs, soit à titre de défendeurs.

^a Le fait que les cours de chancellerie avaient généralement tendance à ajouter toutes les personnes intéressées ne résout toutefois pas la question dont nous sommes saisis. L'appelante fait valoir ^b principalement que le délai d'appel était expiré. Par conséquent, il fallait que l'Association intimée obtienne non seulement l'autorisation d'appel, mais aussi la prorogation du délai d'appel. Or, il n'est guère à douter que la règle 3.02 des *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick* autorise la ^c cour à accorder une prorogation. Je reviendrai sur cette question plus loin. À ce stade-ci, la question est de savoir si, comme le soutient la Société, ^d l'autorisation d'appel doit être refusée parce que la demande en a été faite hors délai ou si, comme le prétend l'Association, il s'agit là d'une question tout à fait distincte qui doit faire l'objet d'une autre demande. En d'autres termes, dans son ^e examen de la demande d'autorisation d'appel, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick aurait-elle dû se demander si une telle autorisation peut être accordée à *une personne non partie à l'instance qui a présenté sa demande hors délai* ou simplement si l'autorisation peut être accordée à ^f *une personne non partie à l'instance*.

^g Bien que les recueils de jurisprudence ne permettent pas d'établir avec certitude la pratique des cours de chancellerie relativement aux délais, il existe plusieurs arrêts où on a traité du cas d'une demande hors délai émanant d'une personne qui n'était pas partie à l'instance.

^h Dans l'arrêt *Re Padstow Total Loss and Collision Assurance Association* (1882), 20 Ch. D. 137, le maître des rôles Jessel a accordé une autorisation d'appel assortie d'une prorogation de délai à ⁱ une personne qui n'était pas partie à une instance qui avait abouti à une ordonnance de liquidation qu'on avait obtenue [TRADUCTION] «presque *ex parte*». Le requérant avait demandé l'autorisation ^j dès qu'il avait connu l'effet de l'ordonnance sur son intérêt. Le maître des rôles Jessel affirme, aux pp. 142 et 143:

The next question is whether we ought to give leave to appeal after this long period of time has elapsed. I think that we ought. The present Appellant knew nothing about the order, and when we come to look at the circumstances it is plain that it was obtained without disclosing to the Court the difficulty as to the constitution of the company, which has been the subject of so much discussion to-day. It was therefore an order, I do not say obtained from the Court improperly, for I have no doubt that the counsel who obtained it did not know of the difficulty, but made improvidently, and looking at the circumstances under which it was obtained, and the ignorance of the present Appellant of the fact of its being obtained, the case appears to me to fall within the authorities cited in favour of giving leave to appeal after the time has expired.

Brett L.J. commented at pp. 145-46:

The case, therefore, as it seems to me, is merely one of an erroneous judgment, and I should think that it was subject to the ordinary rules as to the time for bringing an appeal. It is however hardly necessary to decide that in the present case, for assuming the case to be one where the appeal ought to have been brought within a certain time, it is one in which the Court ought to exercise its power of enlarging the time.

(Emphasis added.)

The case of *Gwynne v. Edwards* (1845), 9 Beav. 22, involved an application by a non-party for a rehearing of estate distribution orders made in 1825. The Court was clearly of the view that time was important and commented on the lapse of time as follows at pp. 34-35:

On the other hand, in cases like the present, where the person desiring a rehearing is not a party to the suit, but is a mere creditor, who has come in under the decree, the party is obliged to ask permission to enable him to file a petition of rehearing, and on such an application, the Court is necessarily bound to look at the circumstances of the case.

Another objection is the lapse of time. The decree on further directions was made in 1825, and, therefore, nearly twenty years previous to the last bill being filed. It is said that there is no limit as to the time for obtaining a rehearing. I do not know what authority there is for that proposition; I know, indeed, that by a General Order of this Court, the time is extremely

[TRADUCTION] Il faut se demander ensuite s'il y a lieu d'accorder l'autorisation d'appel après un laps de temps si long. Je crois que oui. Cet appellant ignorait l'existence de l'ordonnance et, à l'examen des circonstances, il est évident qu'on l'a obtenue sans révéler à la cour la difficulté relative à la constitution de la société, difficulté tant débattue aujourd'hui. Il s'agit donc d'une ordonnance qui a été, je ne dis pas, obtenue irrégulièrement de la cour car je suis convaincu que l'avocat qui l'a obtenue n'était pas au courant de cette difficulté, mais qui a été rendue avec imprévoyance et, compte tenu des circonstances de son obtention et du fait que le présent appellant ignorait qu'on l'avait obtenue, l'affaire me paraît relever de la jurisprudence citée à l'appui d'une autorisation d'appel hors délai.

Aux pages 145 et 146, le lord juge Brett fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] Il me semble donc qu'il s'agit simplement d'un jugement erroné qui est assujéti aux règles ordinaires applicables au délai d'appel. Toutefois, il n'est guère nécessaire de trancher ce point dans la présente affaire, car en supposant que l'appel aurait dû être formé dans un délai précis, il s'agit d'un cas où la cour aurait dû exercer son pouvoir de prorogation.

(C'est moi qui souligne.)

L'affaire *Gwynne v. Edwards* (1845), 9 Beav. 22, portait sur une demande qu'une personne non partie à l'instance avait présentée en vue d'obtenir une nouvelle audience relativement à des ordonnances de partage d'une succession rendues en 1825. La cour a été nettement d'avis que l'élément temps était important et voici ce qu'elle dit à ce propos aux pp. 34 et 35:

[TRADUCTION] Par ailleurs, dans des affaires comme la présente, où la personne désireuse d'obtenir une nouvelle audience n'est pas une partie à l'instance mais un simple créancier qui intervient en vertu de l'ordonnance, cette personne doit demander la permission de déposer une demande de nouvelle audience et, dès lors qu'elle est saisie de la demande, la cour doit obligatoirement examiner les circonstances de l'affaire.

On invoque comme autre objection, le délai écoulé. L'ordonnance portant sur des précisions supplémentaires a été rendue en 1825, soit presque vingt ans avant le dépôt du bref le plus récent. On prétend qu'il n'y a pas de délai applicable pour obtenir une nouvelle audience. Or, j'ignore sur quoi cette proposition peut se fonder; je sais, par contre, qu'en vertu d'une ordonnance générale

limited; and that a party is obliged to present his petition of appeal within a month after the decree has been pronounced. However, in one case Lord Eldon said, that the Court had so long deviated from that limitation, that he was not justified in ordering a petition of appeal to be taken off the file on that ground. I am not aware that any other time has ever been fixed for presenting petitions of appeal, nevertheless I cannot think it immaterial, that so long a time has elapsed under circumstances shewing that *Ramsbottom* knew what was going on.

After all, the question comes to this, whether the decree was not necessarily made with the acquiescence, nay, at the suggestion of the Plaintiff *Gwynne*, in whose place *Ramsbottom* desires to place himself. I will read the bill, the state of facts, the pleadings, and, if it should turn out that the circumstances are such as to warrant the fair inference that the decree, whether erroneous or not, was taken, not only with the acquiescence but at the suggestion of the Plaintiff, and with such knowledge as appears from his state of facts, I think I ought not then to grant this application of *Ramsbottom*, who desires to stand in the place of *Gwynne*, without which he would have no *locus standi*. I do not think the lapse of time is to be left out of the question.

In *Re Madras Irrigation and Canal Co.; Wood v. Madras Irrigation and Canal Co.* (1883), 23 Ch. D. 248, a case involving an application by an unsecured creditor not party to the action for leave to appeal a winding-up order after the statutory appeal period had passed, Jessel M.R. found that the applicant's interests were represented and pointed out that (at pp. 251-52):

Here, however, the applicant is not an actual party. What does he claim? He claims to be in the same position as if he were a party to the winding-up. By no possibility could he have been made a party to the action, nor can he claim to be in the same position as a party to the action. He comes, therefore, to be put in the same position as if he were a party to the winding-up, and as more than twenty-one days have elapsed since he was furnished with a copy of the order, he is out of time. We have, however, a discretion as to letting him in, and the question is, whether we ought to exercise that discretion in his favour. The only special circumstance in his favour is that he was not an actual party. The answer to

de cette Cour, le délai est extrêmement court et qu'une partie doit présenter une demande d'appel dans un délai d'un mois à partir du prononcé de l'ordonnance. Il existe toutefois une décision dans laquelle lord Eldon a dit que la Cour s'était écartée de cette limite depuis si longtemps qu'il n'était pas justifié d'ordonner qu'une demande d'appel soit radiée du rôle simplement parce qu'elle avait été présentée hors délai. À ce que je sache, on n'a jamais fixé d'autre délai pour présenter une demande d'appel. Je crois néanmoins que cela a de l'importance dans des circonstances qui révèlent que *Ramsbottom* savait ce qui se passait.

Après tout, la question est de savoir si l'ordonnance n'a pas été nécessairement rendue avec l'acquiescement, voire sur la proposition, du demandeur *Gwynne*, à qui *Ramsbottom* désire se substituer. Je lirai le bref, l'exposé des faits ainsi que les plaidoiries et, s'il en ressort que les circonstances sont de nature à justifier la conclusion que l'ordonnance, qu'elle soit ou non entachée d'erreur, a été rendue non seulement avec l'acquiescement du demandeur mais aussi sur sa proposition, alors, compte tenu de l'état de sa connaissance révélé par son exposé des faits, j'estime que je ne devrais pas faire droit à cette demande de *Ramsbottom* qui veut être substitué à *Gwynne*, ce qui lui est nécessaire pour qu'il ait qualité pour agir. À mon avis, il faut tenir compte du délai écoulé.

Dans l'arrêt *Re Madras Irrigation and Canal Co.; Wood v. Madras Irrigation and Canal Co.* (1883), 23 Ch. D. 248, il s'agissait d'une demande qu'un créancier non garanti qui n'avait pas été partie à l'action avait présentée en vue d'obtenir l'autorisation d'en appeler d'une ordonnance de liquidation après l'expiration du délai d'appel prévu par la loi. Le maître des rôles Jessel y a conclu que les intérêts du requérant avaient été représentés et a fait remarquer (aux pp. 251 et 252):

[TRADUCTION] En l'espèce toutefois, le requérant n'est pas une partie à l'instance. Alors, quelles sont ses prétentions? Il prétend être dans la même situation qu'une partie à la liquidation. En aucun cas n'aurait-il pu être constitué partie à l'action; il ne peut pas non plus prétendre être dans la même situation qu'une partie à l'action. Il demande donc à être assimilé à une partie à la liquidation et, comme plus de vingt et un jours se sont écoulés depuis qu'il a reçu copie de l'ordonnance, il est hors délai. Nous sommes toutefois investis d'un pouvoir discrétionnaire qui nous permet de faire droit à sa demande. La question est de savoir si nous devons exercer ce pouvoir discrétionnaire. La seule circonstance

that is, that the rules in the winding-up do not require the creditors to be actual parties. They are represented by the official liquidator. The allegation is that the official liquidator did not sufficiently perform his duty with regard to protecting their interests; but they are actually represented by the official liquidator, who ought to protect their interests. I am by no means satisfied that he did not perform his duty, nor am I satisfied that the unsecured creditors had any substantial interest to be protected.

Lindley L.J. agreed with this and stated at p. 254:

If we could see that any real injustice was done to him, that would be a ground for enlarging the time, and the delay might be explained, but it is difficult to see that any injustice has been done him. We ought to be very slow to give leave to appeal if the appeal is likely to end in nothing, and I am not satisfied that it would end in anything. On the other hand, having regard to the order made by Vice-Chancellor *Hall* in *Oppenheimer v. British and Foreign Exchange and Investment Bank*, 6 Ch. D. 744, I am not sure that it would not. If this gentleman had been in time, possibly he might have got something by his appeal; but the advantage to him is so speculative and the injustice to the other parties interested is so glaring, that as he is out of time I think we should be very wrong if we gave him leave to appeal.

In *Re Markham* (1880), 16 Ch. D. 1, an estate case, leave to appeal was granted a non-party upon an *ex parte* application to the Court. The interest of the would-be appellant in the case had not been represented at a suit for administration of the estate and the application appears to have been brought within four months of the contested order. No comment on the passage of time was made by the Court.

The primary concern of the courts in these applications seems to have been whether the would-be appellants' interests were represented or should have been represented in the original proceeding.

spéciale qui joue en sa faveur est qu'il n'était pas une partie à l'instance. Sa réponse à cela est que les règles en matière de liquidation n'exigent pas que les créanciers soient des parties à l'instance. Ils sont représentés par le syndic. Or, on allègue que celui-ci s'est mal acquitté de ses obligations en ce qui concerne la protection de leurs intérêts; mais, en fait, c'est le syndic qui les représente et qui se doit de protéger leurs intérêts. Je suis loin d'être convaincu qu'il n'a pas rempli ses fonctions. Je ne suis pas convaincu non plus que les créanciers non garantis avaient des intérêts importants à protéger.

Le lord juge Lindley, qui s'est dit du même avis, affirme à la p. 254:

[TRADUCTION] S'il apparaissait qu'il a été victime d'une injustice réelle, cela nous autoriserait à proroger le délai et il serait possible à ce moment-là de justifier le retard, mais on voit mal en quoi il a pu subir une injustice. Nous devons nous montrer extrêmement réticents à accorder l'autorisation d'appel dans les cas où l'appel n'aboutira vraisemblablement à rien et, en l'espèce, je ne suis pas convaincu de l'utilité d'un appel. En revanche, compte tenu de l'ordonnance rendue par le vice-chancelier *Hall* dans l'affaire *Oppenheimer v. British and Foreign Exchange and Investment Bank*, 6 Ch. D. 744, je ne suis pas sûr qu'un appel serait inutile. Si ce monsieur avait agi dans le délai imparti, il aurait peut-être pu en retirer quelque chose; mais l'avantage qu'il aurait pu en retirer tient à ce point de la spéculation et l'injustice qui en résulterait pour les autres parties est à ce point évidente que, vu l'expiration du délai, je crois que nous aurions bien tort de lui accorder l'autorisation d'appel.

Dans la décision *Re Markham* (1880), 16 Ch. D. 1, une affaire en matière successorale, la cour a fait droit à une demande *ex parte* d'autorisation d'appel présentée par une personne qui n'avait pas été partie à l'instance. Les intérêts de celle-ci n'avaient pas été représentés dans le cadre d'une action visant l'administration de la succession; de plus, la demande paraît avoir été présentée dans les quatre mois qui ont suivi le prononcé de l'ordonnance contestée. La cour a passé sous silence l'écoulement du délai.

Il semble que les cours saisies de telles demandes se soient surtout préoccupées de savoir si les intérêts des personnes qui voulaient interjeter appel avaient été représentés au cours des procédures initiales ou auraient dû l'être.

In an early case before this Court, *DuMoulin v. Langtry* (1886), 13 S.C.R. 258, leave was given to a group of churchwardens to bring a *per saltum* appeal from a decision of the Chancery Division of the High Court of Justice for Ontario. The original action had been carried on by a Rev. DuMoulin who refused to carry the matter to appeal. The Ontario Court of Appeal (1885), 11 O.A.R. 544, refused to allow the churchwardens to carry on the appeal either in their own name or in the name of Rev. DuMoulin. Patterson J.A. commented at p. 549:

The applicants nevertheless urge that they have an interest in the subject matter of the action such as entitles them to obtain leave from this Court to appeal.

The application is, I believe, the first of the kind which has been made to this Court. In England it was held, before the Judicature Act, that a party interested, though not a party to the cause, might obtain leave to appeal. *Parmiter v. Parmiter*, 2 D.F. & J. 526, which was cited by Mr. Howland, was an instance of that, and is also an authority for moving *ex parte*. If we adopt the practice, we must do so without any express direction, for neither in our Judicature Act, nor in the English Judicature Act, is there any provision on the subject. Applications of the kind seem, in England, to be not uncommon. We have been referred to some cases in which they were made, e.g., *Re Markham*, 16 Ch. D. 1, and two or three others which I find also in a note at p. 55 of Mr. Langton's edition of *Maclennan's Jud. Act. Crawcour v. Salter*, 30 W.R. 329, and one or two other cases are there cited as authority for the proposition that one who is not a party can obtain leave only when his interest is such that he might have been made a party by service. This again calls attention to the anomalous nature of this application by parties who, if their contention as to their interest is correct, are already represented on the record by their trustee. But if he is warranted in disclaiming that character, then what is their interest?

The action involving the original parties in *DuMoulin* had been heard in December 1884, the application to the Chancery Division had been brought January 26, 1885 and the motion for leave to this Court appears to have been brought before

Dans le vieil arrêt *DuMoulin v. Langtry* (1886), 13 R.C.S. 258, cette Cour a autorisé un groupe de marguilliers à en appeler *per saltum* d'une décision de la division de la Chancellerie de la Haute Cour de l'Ontario. L'action initiale avait été introduite par le révérend DuMoulin qui avait refusé de porter l'affaire en appel. La Cour d'appel de l'Ontario (1885), 11 O.A.R. 544, a refusé de permettre aux marguilliers de former un appel en leur propre nom ou au nom du révérend DuMoulin. À la p. 549, le juge Patterson fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] Les requérants soutiennent néanmoins qu'ils ont un intérêt dans l'objet de l'action et que cet intérêt est tel qu'ils sont en droit d'obtenir de cette Cour une autorisation de pourvoi.

Il s'agit, je crois, de la première demande du genre dont cette Cour est saisie. En Angleterre il a été établi, avant l'adoption de la Judicature Act, que tout intéressé, même s'il n'a pas été partie à l'instance, peut obtenir l'autorisation d'appel. La décision *Parmiter v. Parmiter*, 2 D.F. & J. 526, citée par M. Howland en est un exemple; elle permet aussi de procéder par voie de requête *ex parte*. Si nous adoptons cette pratique, nous devons le faire sans le bénéfice d'aucune directive expresse, car ni notre Judicature Act ni la Judicature Act d'Angleterre ne contient de dispositions y relatives. Il semble qu'en Angleterre ce type de demande n'est pas rare. On nous a renvoyés à des affaires dans lesquelles on a fait de telles demandes, comme par ex. la décision *Re Markham*, 16 Ch. D. 1, ainsi que deux ou trois autres décisions que j'ai trouvées mentionnées aussi dans une note à la p. 55 de l'édition de M. Langton de *Maclennan's Jud. Act.* On y cite la décision *Crawcour v. Salter*, 30 W.R. 329, et une ou deux autres décisions à l'appui de la proposition qu'une personne qui n'est pas une partie à l'instance ne peut obtenir l'autorisation d'appel que lorsque son intérêt est tel qu'elle aurait pu être constituée partie par voie de signification. Cela souligne une fois de plus le caractère aberrant de cette demande présentée par des personnes qui, si ce qu'elles disent au sujet de leur intérêt est exact, sont déjà représentées dans le dossier par leur fiduciaire. Mais si ce dernier est fondé à nier sa qualité de fiduciaire, quel est alors leur intérêt?

Dans l'affaire *DuMoulin*, l'action initiale avait été entendue en décembre 1884, la demande en division de la Chancellerie avait été présentée le 26 janvier 1885 et le juge Strong paraît avoir été saisi de la demande d'autorisation d'en appeler à cette

Strong J. in 1886. No comment was made with respect to the effect of time on the application.

The case of *DuMoulin* was relied on by the Ontario Court of Appeal in *Re Henderson and Township of West Nissouri* (1911), 23 O.L.R. 651. In *Re Henderson*, Moss C.J.O. allowed a school board who was not a party to an action to intervene as respondent in an existing appeal to support a particular position. Moss C.J.O. felt that the applicant Board had a sufficiently substantial interest to justify its being made a party. In the Chief Justice's view it was, if not a necessary party, at least a proper party. Moss C.J.O. commented at p. 653:

In these circumstances, if the township corporation were appellant, instead of respondent, and were proposing not to further prosecute the appeal, the School Board would have little difficulty in procuring itself to be substituted as appellant or to be permitted to carry on the appeal. The practice in such a case was considered by this Court in *Langtry v. Dumoulin* (1885), 11 A.R. 544, at p. 549. The application was refused, on the ground that the applicants had no interest, and that the defendant Dumoulin was solely interested, and so was *dominus litis*. But, on application to the Supreme Court of Canada, the applicants were allowed to appeal *per saltum* to that Court, apparently on the ground that the defendant was not solely interested, but was in some sense a trustee for the applicants: see head-note to report of the case in the Supreme Court, *sub nom. Dumoulin v. Langtry* (1886), 13 S.C.R. 258.

The matter of appeals by non-parties after a considerable lapse of time appears to have arisen most frequently in cases dealing with the distribution of estates: see *Fussel v. Dowding* (1884), 27 Ch. D. 237; *Curtis v. Sheffield* (1882), 21 Ch. D. 1. Generally the court refused the application because the interest of the individual had been sufficiently represented. In none of the reported decisions was there any indication that the court felt *unable* to permit an appeal because of jurisdictional limitations. Rather the matter seemed to have been treated as one of discretion.

Cour en 1886. Rien n'a été dit quant à l'effet du temps écoulé sur la demande.

C'est sur l'arrêt *DuMoulin* que s'est appuyée la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Henderson and Township of West Nissouri* (1911), 23 O.L.R. 651. Dans *Re Henderson*, le juge en chef Moss a permis à un conseil scolaire qui n'était pas partie à l'action d'intervenir à titre d'intimé pour soutenir un point de vue particulier dans le cadre d'un appel déjà interjeté. Le juge en chef Moss a estimé que le conseil requérant avait un intérêt suffisamment important pour être constitué partie. Selon le Juge en chef, si le conseil n'était pas une partie nécessaire, il avait à tout le moins la qualité requise pour être constitué partie. À la page 653, le juge en chef Moss dit ce qui suit:

[TRANSCRIPTION] Dans ces circonstances, si le *township*, au lieu d'être l'intimé, était l'appelant et s'il proposait de ne pas aller plus avant avec l'appel, le conseil scolaire pourrait sans trop de difficulté se faire substituer à titre d'appelant ou obtenir l'autorisation de poursuivre l'appel. La pratique dans les cas de ce genre a été examinée par cette cour dans l'arrêt *Langtry v. DuMoulin* (1885), 11 A.R. 544, à la p. 549. Dans cette affaire, la demande a été rejetée pour le motif que les requérants n'avaient aucun intérêt et que le défendeur *DuMoulin* était le seul intéressé, de sorte que c'était lui le *dominus litis*. Mais les requérants ont obtenu de la Cour suprême du Canada l'autorisation de former un pourvoi *per saltum* devant cette cour, apparemment parce que le défendeur, loin d'être le seul intéressé, était en quelque sorte le fiduciaire des requérants: voir le sommaire de l'arrêt de la Cour suprême sous le titre *DuMoulin v. Langtry* (1886), 13 R.C.S. 258.

La question des appels formés par des personnes non parties à l'instance après l'écoulement d'un délai considérable paraît s'être posée le plus fréquemment dans des affaires de partage en matière successorale: voir les décisions *Fussel v. Dowding* (1884), 27 Ch. D. 237; *Curtis v. Sheffield* (1882), 21 Ch. D. 1. Dans l'ensemble, la cour a rejeté la demande parce que l'intérêt de l'individu en question avait été représenté de manière suffisante. Il ne ressort d'aucune décision publiée qu'une cour s'est sentie *incapable* d'autoriser un appel en raison d'une compétence limitée. Au contraire, on semble avoir estimé qu'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

The jurisprudence in Chancery would indicate that while timeliness is an important factor on an application for leave to appeal by a non-party, it need not be determinative of the result. Concern about timeliness is really a reflection of a concern about factors which underly timeliness, namely prejudice to the original parties, the need for finality in litigation, and third party reliance on judgments. The applicant for leave to appeal who is out of time will have to counter these concerns in order to justify a favourable exercise of discretion by the Court. He will not only have to establish a good positive case for leave; he will also have to overcome the negative factors which might militate against the grant. The Court's evaluation of the negative factors on an application for leave will also be crucial on the application for an extension of time. Indeed, it is difficult, if not impossible, to separate the considerations which pertain to each.

5. Extension of Time

I turn now to the statutory authority for the New Brunswick Court of Appeal's grant of the Association's motion for an extension of time in which to appeal Richard C.J.Q.B.'s decisions. The jurisdiction of the Court is to be found in Rules 62.03 and 3.02 of the *Rules of Court of New Brunswick* (1982), which provide as follows:

62.03 ...

(2) A Notice of Motion for Leave to Appeal (Form 62A) shall be served within 7 days from the date of the order or decision sought to be appealed, or within such further time as is allowed by the judge hearing the motion for leave, and the provisions of Rule 37 apply where not inconsistent with this subrule.

3.02 Extension or Abridgment

(1) Subject to paragraphs (3) and (4), the court may, on such terms as may be just, extend or abridge the time prescribed by an order or judgment or by these rules.

La jurisprudence des cours de chancellerie révèle que, dans le cas d'une demande d'autorisation d'appel présentée par une personne non partie à l'instance, la question du respect des délais est un élément important mais pas nécessairement déterminant. Le souci du respect des délais traduit en réalité une préoccupation à l'égard des facteurs qui sous-tendent l'existence même des délais, savoir le préjudice qui peut être causé aux parties initiales, la nécessité d'un règlement définitif des litiges et le fait que des tiers règlent leurs actes sur les jugements. Quiconque demande l'autorisation d'appel hors délai aura à surmonter ces préoccupations s'il veut que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire en sa faveur. Non seulement il aura à établir qu'il y a lieu d'accorder l'autorisation, mais il devra en outre surmonter les facteurs négatifs qui pourraient militer contre cette autorisation. L'appréciation des facteurs négatifs faite par la cour dans le cas d'une demande d'autorisation revêtira aussi une importance capitale relativement à la demande de prorogation du délai. En fait il est difficile, voire impossible, de dissocier les considérations qui s'appliquent à chacun de ces types de demandes.

5. Prorogation du délai

Examinons maintenant le fondement légal de la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick de faire droit à la demande de l'Association visant à obtenir une prorogation du délai imparti pour interjeter appel des décisions du juge en chef Richard. La compétence de la Cour d'appel découle des règles 62.03 et 3.02 des *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick* (1982), qui sont ainsi rédigées:

62.03 ...

(2) Un avis de motion en autorisation d'appel (formule 62A) doit être signifié dans les 7 jours de la date de l'ordonnance ou de la décision portée en appel ou dans le délai supplémentaire accordé par le juge entendant la motion. Dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec le présent article, les dispositions de la règle 37 s'y appliquent.

3.02 Prolongation ou abrévement des délais

(1) Sous réserve des paragraphes (3) et (4), la cour peut, aux conditions qu'elle estime justes, prolonger ou abréger le délai prescrit par une ordonnance, par un jugement ou par les présentes règles.

(2) A motion for extension of time may be made either before or after the expiration of the time prescribed.

(3) Where the time prescribed by these rules relates to an appeal, only a judge of the Court of Appeal may make an order under paragraph (1).

(4) Any time prescribed by these rules for serving, filing or delivering a document may be extended or abridged by consent.

The decision to extend time for leave to appeal is clearly discretionary and predates the enactment of the Rules of Court. Section 131 of *An Act Respecting Practice and Proceedings in Supreme Court in Equity*, 1890 (N.B.), c. 4, provided:

131. The Court or a Judge shall have power to enlarge or abridge the time appointed by the provisions of this Act relating to practice or procedure or fixed by any order enlarging time, for doing any act or taking any proceeding upon such terms (if any) as the justice of the case may require, and any such enlargement may be ordered although the application for the same is not made until after the expiration of the time appointed or allowed.

Daniell's Chancery Practice, *op. cit.*, vol. II, ch. XIX, pp. 1127-28 states:

Every application to extend the time for appealing will be decided on its own merits; and the power to extend the time is one of judicial discretion, and will be exercised whenever, having regard to the facts of a particular case, justice requires that it should be so exercised.

An application for leave to appeal after the expiration of the prescribed period should not be made *ex parte*.

Smith in *A Practice of the Court of Chancery*, *op. cit.*, states that although the time for appeal is limited to a certain period "... the Court may enlarge the time" (p. 283) by virtue of a procedural rule.

In *Re Manchester Economic Building Society* (1883), 24 Ch. D. 488 an extension of time was granted to appeal an order winding up a company. The authority for the extension was found in a rule of the Court authorizing the Court of Appeal to

(2) La motion en prolongation de délai peut être présentée avant ou après l'expiration du délai prescrit.

(3) Lorsque le délai prescrit par les présentes règles se rapporte à un appel, seul un juge de la Cour d'appel peut rendre une ordonnance en application du paragraphe (1).

(4) Tout délai prescrit par les présentes règles pour la signification, le dépôt ou la délivrance d'un document peut être prolongé ou abrégé par consentement.

La décision de proroger le délai d'appel relève manifestement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui existait antérieurement à l'adoption des Règles de procédure. L'article 131 de *An Act Respecting Practice and Proceedings in Supreme Court in Equity*, 1890 (N.-B.), chap. 4, disposait:

[TRADUCTION] 131. La Cour ou un juge est autorisé à proroger ou à abrégé le délai fixé par les dispositions de la présente loi en matière de pratique ou de procédure, ou par toute ordonnance portant prorogation, pour l'accomplissement de tout acte ou l'engagement de toute procédure, et ce, selon les modalités, s'il en est, que la justice peut imposer en l'espèce, et toute prorogation susmentionnée peut être ordonnée même si la demande n'est faite qu'après l'expiration du délai fixé ou imparti.

Dans *Daniell's Chancery Practice*, *op. cit.*, vol. II, chap. XIX, aux pp. 1127 et 1128, on trouve le passage suivant:

[TRADUCTION] Chaque demande en prorogation du délai d'appel est un cas d'espèce; et le pouvoir de prorogation est un pouvoir discrétionnaire que les tribunaux exerceront chaque fois que, eu égard aux faits d'un cas donné, la justice l'exige.

Après l'expiration du délai prescrit, une demande d'autorisation d'appel ne doit pas être faite *ex parte*.

Smith, dans l'ouvrage intitulé *A Practice of the Court of Chancery*, *op. cit.*, à la p. 283, affirme que le délai d'appel est bel et bien limité, mais que [TRADUCTION] « ... la Cour peut proroger ce délai » en vertu d'une règle de procédure.

Dans l'arrêt *Re Manchester Economic Building Society* (1883), 24 Ch. D. 488, une prorogation de délai a été accordée pour qu'on puisse en appeler d'une ordonnance de liquidation d'une société. Cette décision était fondée sur une règle de procé-

extend time by special leave. Bowen L.J. held that (at p. 503):

The section gives leave to the Court of Appeal practically to extend the time for appealing. It seems to me that to attempt in any one case to lay down a set of iron rails on which the discretion of the Court of Appeal was always to be obliged to run, and to say that the leave of the Court would never be granted except in certain special circumstances and in a defined way, would be very perilous. The Rules leave the matter at large. Of course it is to be exercised in the way in which judicial power and discretion ought to be exercised, upon principles which are well understood, but which had better not be defined in a case except so far as may be necessary for the decision of that case—otherwise there is the great danger, as it seems to me, of crystalizing into a rigid definition that judicial power and discretion which the Legislature and the Rules of the Court have for the best of all reasons left undetermined and unfettered. If the Appellant is asking for what is evidently unjust it is clear that he ought not to have it; if he is asking for what may lead to injustice he ought not have it except on the terms which would prevent any injustice possibly being done, and for that reason, if any of the Respondents here had shewn that injustice was likely to arise in their particular case, I think terms ought to have been imposed, but if the person who is asking for leave to appeal after twenty-one days is only asking for what is just, why should not he have it?

In similar vein Brett M.R. commented at p. 497:

... I know of no rule other than this, that the Court has power to give the special leave, and exercising its judicial discretion is bound to give the special leave, if justice requires that that leave should be given. The cases which were brought before the Court were cases in which either justice did require that the leave should be given or justice required that it should not be given.

The appellant Society relies upon the decision of the Alberta Court of Appeal in *Cairns v. Cairns*, [1931] 4 D.L.R. 819, in which McGillivray J.A., after emphasizing the discretionary nature of such extensions, suggests a framework for the exercise of the discretion. Some of the elements required to be shown are: (a) a reasonably arguable (*prima facie*) case on the merits; (b) a satisfactory expla-

ture qui habilitait la Cour d'appel à proroger le délai par une autorisation spéciale. Le lord juge Bowen a conclu (à la p. 503):

[TRADUCTION] L'effet réel de l'article est d'autoriser la Cour d'appel à proroger le délai d'appel. Or, il me semble qu'il serait extrêmement dangereux d'essayer dans un cas donné de fixer trop rigidelement et de façon permanente la manière dont la Cour d'appel doit exercer son pouvoir discrétionnaire et de dire que la cour n'accordera jamais l'autorisation, si ce n'est dans certaines circonstances particulières et d'une manière bien précise. Les Règles ne contiennent aucune prescription à cet égard. Bien sûr, ce pouvoir doit s'exercer comme doit l'être tout pouvoir discrétionnaire judiciaire, c'est-à-dire conformément à des principes qui sont bien connus, mais qui gagnent à ne pas être définis dans un cas donné, sauf dans la mesure où cela peut être nécessaire pour arriver à une décision dans l'affaire en question, sinon on court, me semble-t-il, un grand risque de cristalliser dans une définition rigide ce pouvoir discrétionnaire judiciaire que le législateur et les Règles de pratique ont, pour les meilleurs motifs du monde, laissé indéterminé et libre de toute entrave. Si ce que demande l'appelant est manifestement injuste, il est évident qu'il ne doit pas l'obtenir; si ce qu'il demande peut mener à une injustice, il ne doit pas le recevoir, sauf à des conditions qui écartent toute possibilité d'injustice et, pour cette raison, si l'un des intimés en l'espèce avait démontré la probabilité d'injustice dans leur cas, je crois qu'il y aurait eu lieu d'imposer des conditions, mais si la personne qui demande l'autorisation d'appel après l'écoulement de vingt et un jours ne demande que ce qui est juste, pourquoi ne l'obtiendrait-elle pas?

Dans le même ordre d'idées, le maître des rôles Brett fait remarquer, à la p. 497:

[TRADUCTION] ... je ne connais aucune autre règle que celle-ci, savoir que la cour détient le pouvoir d'accorder l'autorisation spéciale et qu'elle doit, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, donner cette autorisation spéciale si la justice l'exige. Dans la jurisprudence citée en cette cour il s'agissait, dans l'intérêt de la justice, soit d'accorder l'autorisation soit de la refuser.

La Société appelante s'appuie sur l'arrêt *Cairns v. Cairns*, [1931] 4 D.L.R. 819, dans lequel le juge McGillivray de la Cour d'appel de l'Alberta, après avoir souligné le caractère discrétionnaire de ces prorogations, propose un cadre pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il faut notamment a) qu'on présente sur le fond une preuve raisonnablement soutenable (suffisante jusqu'à preuve con-

nation for the delay; (c) the successful litigant's vested interest in his judgment; (d) whether the applicant had a bona fide intention to appeal within the time limited and (e) that the applicant has not taken any benefit from the judgment sought to be appealed. McGillivray J.A. cites the general principle as stated by Brett M.R. in *Re Manchester Economic Building Society, supra*, and also the somewhat broader formulation by Swinfen Eady M.R. in *Re Wigfull & Sons', Lim. Trade Mark* (1918), 88 L.J. Ch. 30 and points out, correctly in my view, that (at p. 829):

This does not mean that this Court will exercise its discretion loosely. *Cusack v. London & N.W.R. Co.*, [1891] 1 Q.B. 347. In the application of this rule due regard will be had to the successful litigant's vested interest in his judgment, and so the Court will scrutinize with care the material offered in support of a claim to have that interest set aside to see if it establishes those things that I have indicated it is incumbent upon the applicant to prove but once satisfied as to this the Court will grant or refuse the extension of time as the interests of justice seem to require.

I would not read the judgment of McGillivray J.A. as an attempt to lay down rigid rules but rather as identifying the type of concerns a court should properly have in mind when deciding whether to exercise its discretion for or against an extension of the appeal period. This was the approach taken by Ritchie J. in *The Queen v. E. & A. Leduc Ltée*, [1955] Ex. C.R. 286 at p. 288:

It is not desirable to lay down rigid rules which must be complied with before an extension of time within which to appeal will be granted but in specific cases the reasons advanced to support an application for such an extension may be held insufficient.

The New Brunswick Court of Appeal discussed the appropriate guidelines for an application under its Rules in *Bank of Nova Scotia v. Brown* (1967), 40 N.B.R. (2d) 245. The applicant in that case had applied for an extension of time 3 months

traire), b) qu'on fournisse une explication satisfaisante du retard, c) qu'on tienne compte du droit acquis qu'a sur son jugement la partie qui a obtenu gain de cause, d) que le requérant ait eu réellement l'intention de former un appel à l'intérieur du délai imparti, et e) que le requérant n'ait profité d'aucune façon du jugement dont il veut interjeter appel. Le juge McGillivray cite le principe général énoncé par le maître des rôles Brett dans l'arrêt *Re Manchester Economic Building Society*, précité, ainsi que la version un peu plus large formulée par le maître des rôles Swinfen Eady dans la décision *Re Wigfull & Sons', Lim. Trade Mark* (1918), 88 L.J. Ch. 30, puis il fait remarquer, avec raison selon moi, que (à la p. 829):

[TRADUCTION] Cela ne signifie pas que cette cour exercera son pouvoir discrétionnaire à la légère. *Cusack v. London & N.W.R. Co.*, [1891] 1 Q.B. 347. Dans l'application de cette règle, on doit tenir compte dûment du droit acquis qu'a dans son jugement la partie qui a obtenu gain de cause. La cour examinera donc minutieusement les éléments de preuve produits à l'appui d'une demande visant à annuler ce droit, afin de déterminer si le requérant a établi chacun des points que, selon ce que j'ai déjà indiqué, il lui incombe d'établir. Mais, dès lors qu'elle a été convaincue sur cette question, c'est en fonction des exigences de la justice que la cour décidera d'accorder ou de refuser la prorogation du délai.

Selon moi, l'arrêt du juge McGillivray ne constitue pas une tentative d'établir des règles rigides, mais vient plutôt identifier le genre de préoccupations qu'un tribunal doit avoir à l'esprit lorsqu'il décide s'il y a lieu d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser une prorogation du délai d'appel. Le même point de vue a été adopté par le juge Ritchie dans *The Queen v. E. & A. Leduc Ltée*, [1955] R.C. de l'É. 286, à la p. 288:

[TRADUCTION] Il n'est pas souhaitable d'établir des règles rigides auxquelles on doit se conformer pour obtenir une prorogation du délai d'appel. Toutefois, dans certains cas, les raisons invoquées à l'appui d'une demande de prorogation peuvent être jugées insuffisantes.

Dans l'arrêt *Bank of Nova Scotia v. Brown* (1967), 40 N.B.R. (2d) 245, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick traite des principes directeurs qui doivent être appliqués à une demande fondée sur ses Règles de procédure. Dans cette affaire, la

after judgment. Bridges C.J.N.B. was of the view that in making such a decision a judge is exercising a judicial discretion and that while an application should contain an explanation for the delay, it is for the judge hearing the application to determine whether the explanation is satisfactory or not. Limerick J.A. in the same case stated (at pp. 249-50):

No comprehensive rules have ever been laid down by court decisions as to what will constitute reasonable grounds for granting an extension, each case must be dealt with based on the individual circumstances applicable.

A party who allows the time for exercising his right of appeal to lapse, however, must depend on the indulgence of the court for a hearing and this indulgence should not be requested unless the applicant can establish that there is at least an arguable case for consideration by the court.

The court or judge has a judicial discretion as to the reasonableness of the excuse for not proceeding in time and as to the adequacy of the grounds for granting the extension; whether the importance of the legal principle to be established on the appeal or needs of justice outweigh the necessity of having an intention to appeal during the time limited, whether error or absence of solicitor constitute adequate grounds are matters for the exercise of a judicial discretion, but some reasonable excuse and grounds should be positively stated in the application.

It would appear then that once it is established that a court has jurisdiction to grant leave to appeal to a non-party and has exercised its discretion in favour of such a grant, then the decision whether or not to grant such non-party an extension of time is a matter of discretion to be exercised on substantially the same principles as those applicable in the case of an extension of time sought by a party. While the fact that the applicant for leave to appeal is out of time is a factor to be considered on the application for leave and may militate against such a grant, once the court decides to exercise its discretion in favour of a

requérante avait demandé une prorogation du délai trois mois après le jugement. Le juge en chef Bridges s'est dit d'avis qu'en statuant sur une telle demande un juge exerce un pouvoir discrétionnaire; il a estimé en outre que la demande doit contenir une explication du retard, mais qu'il appartient au juge saisi de cette demande de décider si cette explication est satisfaisante ou non. Dans le même arrêt, le juge Limerick dit (aux pp. 249 et 250):

[TRADUCTION] La jurisprudence n'a jamais établi de règles détaillées quant à ce qui constitue des motifs raisonnables d'accorder une prorogation, chaque affaire devant être tranchée en fonction de ses circonstances particulières.

Quiconque omet d'exercer son droit d'appel à l'intérieur du délai imparti doit cependant s'en remettre à l'indulgence de la cour pour obtenir une audience; mais, à moins qu'il ne puisse démontrer qu'il a des arguments soutenables à présenter à la cour, le requérant est mal venu de faire appel à cette indulgence.

La décision quant au caractère raisonnable de l'excuse donnée pour ne pas avoir agi dans le délai imparti et quant au bien-fondé des moyens invoqués à l'appui de la demande de prorogation relèvent du pouvoir discrétionnaire de la cour ou du juge. Quant à savoir si l'importance du principe juridique qui sera en jeu dans le cadre de l'appel ou si les exigences de la justice l'emportent sur la nécessité d'avoir eu l'intention de former un appel avant l'expiration du délai et quant à savoir si l'erreur ou l'absence de représentation par un avocat constituent des moyens suffisants, voilà des questions qui nécessitent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Néanmoins, la demande doit énoncer clairement une excuse et des moyens raisonnables.

Il semblerait alors que dès qu'il a été établi qu'une cour a compétence pour accorder l'autorisation d'appel à une personne non partie à l'instance et qu'elle a exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder cette autorisation, alors la question de savoir s'il y a lieu d'accorder à cette même personne une prorogation du délai relève d'un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé en fonction essentiellement des mêmes principes que ceux qui s'appliquent à une demande de prorogation présentée par une partie. Quoique l'expiration du délai d'appel soit un facteur à considérer relativement à la demande d'autorisation et qu'elle

grant of leave it has *ipso facto* exercised it also in favour of an extension of time.

6. Review of Discretion

The appellant Society submits in the alternative that even if the New Brunswick Court of Appeal had jurisdiction to grant the Association's applications, it did not exercise its discretion in a judicial manner. This submission echoes the words of Bridges C.J.N.B. in *Bank of Nova Scotia v. Brown*, *supra*, where he said at p. 247:

If, under such circumstances, he decides to extend the time he is exercising his discretion in a judicial manner and it is not open to us to interfere even though we may believe him to have acted erroneously.

The concept of a "judicial exercise of discretion" seems to have two prerequisites, namely (1) that the subject matter be within the jurisdiction of the Court; and (2) that the Court must take into consideration all the relevant factors.

Daniell's Chancery Practice, *op. cit.*, vol. II, c. XIX, p. 1128, indicates that generally no appeal will lie from a refusal of a court of appeal to grant special leave to appeal where the time for appealing has expired. The House of Lords' decision in *Lane v. Esdaile*, [1891] A.C. 210, is cited in support of that proposition. While *Lane v. Esdaile* dealt with the interpretation to be given to particular legislation on the matter, the concerns articulated by Lord Halsbury L.C. at p. 212 are relevant to the present situation:

The result of that would be that in construing this order, which as I have said is obviously intended to prevent frivolous and unnecessary appeals, you might in truth have two appeals in every case in which, following the ordinary course of things, there would be only one; because if there is a power to appeal when the order has been refused, it would seem to follow as a necessary consequence that you must have a right to appeal when leave has been granted, the result of which is that the person against whom the leave has been granted might appeal from that, and inasmuch as this is no stay of

puisse militer contre l'attribution de cette autorisation, quand la cour décide d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'appel, elle se prononce par le fait même en faveur d'une prorogation du délai.

6. Contrôle du pouvoir discrétionnaire

La Société appelante allègue subsidiairement que, même à supposer que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ait eu compétence pour faire droit aux demandes de l'Association, elle n'a pas exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire. Cet argument reprend les termes employés par le juge en chef Bridges dans l'arrêt *Bank of Nova Scotia v. Brown*, précité, où il dit, à la p. 247:

[TRADUCTION] Si, en pareilles circonstances, il décide de proroger le délai, cela constitue un exercice judiciaire de son pouvoir discrétionnaire et nous ne pouvons alors intervenir, bien que nous puissions estimer qu'il a commis une erreur.

Le concept d'un «exercice judiciaire du pouvoir discrétionnaire» semble comporter deux exigences préalables, savoir (1) que la question relève de la compétence de la cour et (2) que la cour prenne en considération tous les éléments pertinents.

D'après *Daniell's Chancery Practice*, *op. cit.*, vol. II, chap. XIX, p. 1128, on ne saurait généralement interjeter appel du refus d'une cour d'appel d'accorder une autorisation spéciale d'appel après l'expiration du délai d'appel. L'arrêt de la Chambre des lords *Lane v. Esdaile*, [1891] A.C. 210, est cité à l'appui de cette proposition. Bien que l'arrêt *Lane v. Esdaile* porte sur l'interprétation d'une loi précise traitant de cette question, les inquiétudes exprimées par le lord chancelier Halsbury à la p. 212 sont applicables à la situation qui se présente en l'espèce:

[TRADUCTION] En conséquence, dans l'interprétation de cet ordre qui, comme je l'ai dit, est évidemment destiné à prévenir les appels frivoles et inutiles, il peut y avoir deux appels dans chaque cas alors que, dans le cours normal des choses, il n'y en aurait qu'un; de fait, s'il existe un droit d'appel lorsqu'on a refusé l'ordre, en corollaire, il s'ensuivrait qu'il y a un droit d'appel lorsque l'autorisation a été accordée; ainsi la partie contre laquelle l'autorisation a été accordée pourrait donc en appeler, et dans la mesure où il n'y a pas de suspension des procédures, la Cour d'appel pourrait connaître de

proceeding the Court of Appeal might be entertaining an appeal upon the very same question when this House was entertaining the question whether the Court of Appeal ought ever to have granted the appeal.

In the same case Lord Herschell commented at p. 214:

It is clear that some time must be fixed at which the right of appeal should cease, otherwise parties would never know what their rights were, and there would be no possibility of people being safe in dealing with the fruits of a judgment because the judgment might be still subject to appeal. But then it was thought that there might be special circumstances in which the Court of Appeal might relax that rule and consider that, notwithstanding it, an appeal should be permitted. I think that the matter was intrusted, and intended to be intrusted, to their discretion; and that the exercise of a discretion of that sort intrusted to them is not, within the true meaning of the Appellate Jurisdiction Act, an order or judgment from which there can be an appeal.

The comment of Lord Halsbury L.C. was approved by a majority of this Court in the case of *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639. Laskin C.J. commented at pp. 646-47:

There are so many considerations that enter into a refusal to give leave as to make the matter one peculiarly for the experienced judgment of the Court from which leave is sought.

The concerns articulated in these cases reflect the concept of the inherent jurisdiction of a court to control its own process. Where a court is acting within its jurisdiction and exercises its discretion in a judicial manner then its decision should not be subject to appeal for error.

7. Conclusion on the Second and Third Issues

I would conclude in the present case that the New Brunswick Court of Appeal has inherent jurisdiction under s. 8(2) of the *Judicature Act* based on the ancient practice of the High Court of Chancery in England to grant leave to appeal to a non-party in a proper case. The Court under its Rules of Court has jurisdiction to grant an extension of time for appealing. Such jurisdiction was also present in the early Chancery practice in the

cette question précise pendant que cette Chambre examine si la Cour d'appel aurait jamais dû autoriser l'appel.

À la page 214 du même arrêt, lord Herschell fait remarquer:

[TRADUCTION] Il est évident qu'il faut fixer un délai à l'expiration duquel le droit d'appel s'éteint, car sans cela les parties demeureraient toujours dans l'incertitude quant à leurs droits et personne ne pourrait avoir confiance en aucun jugement parce que celui-ci serait encore susceptible d'être porté en appel. Puis on a pensé qu'il pourrait y avoir des circonstances spéciales dans lesquelles la Cour d'appel pourrait assouplir la règle et décider tout de même qu'il y a lieu d'autoriser un appel. Or, j'estime que cette question a été laissée et ce à dessein à la discrétion de ladite cour et que l'exercice de ce type de pouvoir discrétionnaire ne constitue pas une ordonnance ou un jugement dont il peut être interjeté appel au vrai sens de l'Appellate Jurisdiction Act.

Les observations du lord chancelier Halsbury ont été approuvées par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639. Le juge en chef Laskin souligne, à la p. 647:

Tant d'éléments entrent en ligne de compte dans un refus d'autorisation d'appel qu'il s'agit d'une question qui relève particulièrement du jugement expérimenté de la cour à laquelle l'autorisation est demandée.

Les préoccupations exprimées dans ces arrêts traduisent le concept de la compétence inhérente qu'a une cour pour contrôler ses propres procédures. Dès lors qu'une cour agit dans les limites de sa compétence et qu'elle exerce judiciairement son pouvoir discrétionnaire, sa décision ne doit pas être susceptible d'appel pour cause d'erreur.

7. Conclusion sur les deuxième et troisième questions

Je suis d'avis de conclure en l'espèce que, compte tenu de la vieille pratique de la High Court of Chancery d'Angleterre, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick possède une compétence inhérente en vertu du par. 8(2) de la *Loi sur l'organisation judiciaire* pour accorder dans un cas approprié l'autorisation d'appel à une personne non partie à l'instance. De plus, les Règles de procédure de la Cour d'appel l'autorisent à proroger le

case of an application for leave to appeal brought by a non-party and the present rules do not appear to have affected that jurisdiction. A general framework for the discretionary invocation of the Court's jurisdiction is discernible in the cases and practice in the Chancery courts. No one factor or group of factors was determinative of how the Court would exercise its discretion in a given situation; rather, a combination of the relevant factors was determinative.

In this case La Forest J.A. first determined that the Court had inherent jurisdiction in the matter. I think he was correct in this. He then proceeded to find that:

(a) the Association was aggrieved and had an interest which was prejudiced by the decision and clarifications of Richard C.J.Q.B.;

(b) the School Board did not, nor did it purport to, represent the interests of the members of the Association;

(c) the members of the Association had responded as soon as they understood the adverse impact of the decision as clarified;

(d) no particular inconvenience would be suffered by the Society other than that of responding to the appeal; and

(e) no argument had been made contesting the existence of a *prima facie* case.

Accordingly, leave to appeal was granted. I think this represented a judicial exercise of discretion by the New Brunswick Court of Appeal. There is no basis for this Court to interfere with it.

I note that neither party raised the applicability of the principle set out in the majority decision in *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration, supra*. Although *Ernewein* dealt with a denial of leave to appeal by an appellate court, there would appear to be no reason in principle why it would not apply equally to a grant of leave to appeal by an appellate court. If this is correct, this Court would on the principle of *Ernewein* have had no jurisdiction to entertain the Society's

délat d'appel. Cette compétence, qui existait très tôt dans la pratique des cours de chancellerie pour les demandes d'autorisation d'appel présentées par des personnes non parties à l'instance, ne paraît pas avoir été modifiée par les règles actuelles. La jurisprudence et la pratique des cours de chancellerie permettent de dégager un cadre général dans lequel peut s'exercer le pouvoir discrétionnaire de la cour. La manière dont celle-ci allait exercer son pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée ne tenait pas à un facteur en particulier ni à un groupe de facteurs; cela dépendait plutôt d'une combinaison des facteurs pertinents.

Dans la présente instance, le juge La Forest a conclu d'abord que la Cour d'appel était dotée d'une compétence inhérente en la matière. Je crois qu'en cela il a eu raison. Puis il a conclu:

a) que la décision et les explications du juge en chef Richard ont été préjudiciables à l'Association et à ses intérêts;

b) que le Conseil scolaire ne représentait ni ne prétendait représenter les intérêts des membres de l'Association;

c) que les membres de l'Association avaient agi aussitôt qu'ils avaient compris l'effet préjudiciable de la décision telle qu'elle a été expliquée;

d) que la Société ne subirait aucun autre inconvénient que celui d'avoir à s'opposer à l'appel; et

e) qu'on n'a pas contesté l'existence d'une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire.

Par conséquent, l'autorisation d'appel a été accordée. J'estime qu'en cela la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire. Rien ne justifie donc une intervention de cette Cour.

Je constate que ni l'une ni l'autre partie n'a soulevé la question de l'applicabilité du principe formulé par la majorité dans l'arrêt *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, précité*. Bien que l'arrêt *Ernewein* porte sur le refus d'une cour d'appel d'accorder l'autorisation d'appel, il ne semblerait y avoir en principe aucune raison pour laquelle cet arrêt ne s'appliquerait pas également au cas où une cour d'appel accorde l'autorisation d'appel. Si cela est exact, cette Cour n'aurait pas

appeal from the decision of the New Brunswick Court of Appeal. I believe, however, that when the basis of the Society's appeal is that the Appellate Court appealed from was itself without jurisdiction, this would have constituted an exception to the *Ernewein* principle. The issue, however, is now an academic one in view of this Court's decision in *MacDonald v. City of Montréal*, [1986] 1 S.C.R. 460, released concurrently herewith.

For the foregoing reasons I find that the appellant's second and third grounds of appeal must fail. It is necessary therefore to move to the first ground.

8. Section 19(2) of the Charter of Rights and Freedoms

The appellant's first ground of appeal is reflected in the constitutional question stated for the Court by the Chief Justice:

Does s. 19(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* entitle a party pleading in a court of New Brunswick to be heard by a court, the member or members of which are capable of understanding the proceedings, the evidence and the arguments, written and oral, regardless of the official language used by the parties?

However, it became apparent from the submissions of counsel on the hearing that the question as framed could be approached on a number of different levels. Indeed, on one level it was completely non-contentious. Both sides were able to agree that judges must be able to understand the proceedings, the evidence and the arguments regardless of whether the case was being heard in English or French. Indeed, this was a requirement of due process. Both agreed, therefore, that the answer to the question was Yes. The problems arose when the further questions lurking in the question as framed were laid bare. What level of understanding is required? Who decides whether the appropriate level is attained? Must the understanding be a direct understanding through the language itself or is understanding through the medium of translation adequate? These questions in turn probably depend on the answer to a broader and more

eu compétence, en vertu du principe de l'arrêt *Ernewein*, pour entendre le pourvoi formé par la Société contre l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. Toutefois, étant donné que l'appel de la Société repose sur l'absence de compétence de la Cour d'appel, j'estime que cela aurait constitué une exception au principe énoncé dans l'arrêt *Ernewein*. Cependant, cette question a maintenant perdu tout intérêt pratique compte tenu de l'arrêt de cette Cour *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, rendu en même temps que le présent arrêt.

Pour les motifs que je viens d'exposer, je conclus que les deuxième et troisième moyens d'appel de l'appelante doivent échouer. Reste donc à examiner le premier moyen d'appel.

8. Le paragraphe 19(2) de la Charte canadienne des droits et libertés

Le premier moyen invoqué par l'appelante se dégage de la question constitutionnelle formulée pour la Cour par le Juge en chef:

Le paragraphe 19(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère-t-il à une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties?

Il ressort toutefois des arguments présentés par les avocats à l'audience que la question, telle qu'elle est formulée, peut être abordée de plusieurs façons différentes. En fait, sous un aspect, elle n'est pas le moins contentieuse. Les deux parties sont d'accord pour dire que les juges doivent pouvoir comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, peu importe que l'audience se déroule en français ou en anglais. Il s'agit là en réalité d'une exigence posée par le principe de l'équité dans les procédures judiciaires. L'une et l'autre parties conviennent donc que la question doit recevoir une réponse affirmative. Mais la question telle qu'elle est formulée soulève d'autres questions et c'est lorsqu'on aborde ces dernières que des problèmes surgissent. Quel est le degré de compréhension requis? Qui décide si l'on a atteint un niveau approprié de compréhension? Doit-on pouvoir comprendre directement la langue en question ou

difficult question, namely is the level of understanding required merely the level required for due process *i.e.* that the adjudicator has sufficient understanding of the language to ensure a fair hearing for the litigant? Or is the level to be determined in the context of the principle of equality of status of the two official languages in the court structure? Fortunately we do not have to answer all these questions in this case.

The appellant relies on s. 19(2) of the *Charter* as according it a right to be heard and understood in the official language of its choice. It maintains that it was not "heard and understood" by Stratton J.A. It finds further support for its position in s. 13 of the *Official Languages of New Brunswick Act*, R.S.N.B. 1973, c. O-1 as amended by 1982 (N.B.), c. 47, s. 1, which provides:

13 (1) Subject to section 15, in any proceeding before a court, any person appearing or giving evidence may be heard in the official language of his choice and such choice is not to place that person at any disadvantage.

13 (1.1) Subject to subsection (1), a person accused of an offence under an Act or a regulation of the Province, or a municipal by-law, has the right to have the proceedings conducted in the official language of his choice, and he shall be advised of the right by the presiding judge before his plea is taken.

The appellant lays heavy stress on the words in s. 13(1) "and such choice is not to place that person at any disadvantage". It is, it says, at a considerable disadvantage if one of the members of the court is not conversant with its language.

Since I do not believe that s. 19(2) of the *Charter* can be viewed in isolation I reproduce

suffit-il d'une compréhension obtenue par le biais d'une traduction? La réponse à ces questions dépend probablement de la réponse à une autre question, plus difficile et de portée plus large, qui est de savoir si le degré de compréhension requis est simplement ce qui est nécessaire pour assurer le caractère équitable des procédures, c.-à-d. que le juge comprenne assez bien la langue pour assurer aux parties une audience conforme aux principes de l'équité. Ou encore le degré de compréhension doit-il être déterminé en fonction du principe de l'égalité de statut des deux langues officielles devant les tribunaux? Heureusement, nous n'avons pas à répondre à toutes ces questions en l'espèce.

Selon l'appelante, le par. 19(2) de la *Charte* lui donne le droit d'être entendue et comprise dans la langue officielle de son choix. Elle soutient qu'elle n'a été ni «entendue» ni «comprise» par le juge Stratton. Elle s'appuie en outre sur l'art. 13 de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1, modifiée par 1982 (N.-B.), chap. 47, art. 1, dont voici le texte:

13 (1) Subject to section 15, in any proceeding before a court, any person appearing or giving evidence may be heard in the official language of his choice and such choice is not to place that person at any disadvantage.

13 (1.1) Subject to subsection (1), a person accused of an offence under an Act or a regulation of the Province, or a municipal by-law, has the right to have the proceedings conducted in the official language of his choice, and he shall be advised of the right by the presiding judge before his plea is taken.

L'appelante insiste beaucoup sur les mots «et ne doit être, en fait, nullement défavorisée en raison de ce choix» qui figurent au par. 13(1). Elle se dit grandement défavorisée si l'un des membres de la cour ne comprend pas sa langue.

Vu ma conviction qu'on ne saurait étudier isolément le par. 19(2) de la *Charte*, j'en reproduis ici,

13 (1) Sous réserve de l'article 15, dans toute procédure devant un tribunal, toute personne qui comparait ou témoigne peut être entendue dans la langue officielle de son choix et ne doit être, en fait, nullement défavorisée en raison de ce choix.

13 (1.1) Sous réserve du paragraphe (1), une personne accusée d'une infraction à une loi ou à un règlement de la province, ou à un arrêté municipal, a droit au déroulement des procédures dans la langue officielle de son choix, et elle doit être informée de ce droit par le juge qui préside au procès avant d'enregistrer son plaidoyer.

13 (1) Sous réserve de l'article 15, dans toute procédure devant un tribunal, toute personne qui comparait ou témoigne peut être entendue dans la langue officielle de son choix et ne doit être, en fait, nullement défavorisée en raison de ce choix.

13 (1.1) Sous réserve du paragraphe (1), une personne accusée d'une infraction à une loi ou à un règlement de la province, ou à un arrêté municipal, a droit au déroulement des procédures dans la langue officielle de son choix, et elle doit être informée de ce droit par le juge qui préside au procès avant d'enregistrer son plaidoyer.

here for convenience ss. 16 to 22 of the *Charter* dealing with Canada's official languages.

Official Languages of Canada

16. (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

(2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

17. (1) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of Parliament.

(2) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of the legislature of New Brunswick.

18. (1) The statutes, records and journals of Parliament shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

(2) The statutes, records and journals of the legislature of New Brunswick shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

19. (1) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court established by Parliament.

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

17. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux du Parlement.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick.

18. (1) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

(2) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

19. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

par souci de commodité, les art. 16 à 22 qui portent sur les langues officielles du Canada.

Langues officielles du Canada

16. (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

(2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

17. (1) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of Parliament.

(2) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of the legislature of New Brunswick.

18. (1) The statutes, records and journals of Parliament shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

(2) The statutes, records and journals of the legislature of New Brunswick shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

19. (1) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court established by Parliament.

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

17. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux du Parlement.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick.

18. (1) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

(2) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

19. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

(2) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick.

20. (1) Any member of the public in Canada has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution where

(a) there is a significant demand for communications with and services from that office in such language; or

(b) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and services from that office be available in both English and French.

(2) Any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French.

21. Nothing in sections 16 to 20 abrogates or derogates from any right, privilege or obligation with respect to the English and French languages, or either of them, that exists or is continued by virtue of any other provision of the Constitution of Canada.

22. Nothing in sections 16 to 20 abrogates or derogates from any legal or customary right or privilege acquired or enjoyed either before or after the coming into force of this Charter with respect to any language that is not English or French.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas:

a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

21. Les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet, en ce qui a trait à la langue française ou anglaise ou à ces deux langues, de porter atteinte aux droits, privilèges ou obligations qui existent ou sont maintenus aux termes d'une autre disposition de la Constitution du Canada.

22. Les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits et privilèges, antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente charte et découlant de la loi ou de la coutume, des langues autres que le français ou l'anglais.

(2) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick.

20. (1) Any member of the public in Canada has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution where

(a) there is a significant demand for communications with and services from that office in such language; or

(b) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and services from that office be available in both English and French.

(2) Any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French.

21. Nothing in sections 16 to 20 abrogates or derogates from any right, privilege or obligation with respect to the English and French languages, or either of them, that exists or is continued by virtue of any other provision of the Constitution of Canada.

22. Nothing in sections 16 to 20 abrogates or derogates from any legal or customary right or privilege acquired or enjoyed either before or after the coming into force of this Charter with respect to any language that is not English or French.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas:

a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

21. Les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet, en ce qui a trait à la langue française ou anglaise ou à ces deux langues, de porter atteinte aux droits, privilèges ou obligations qui existent ou sont maintenus aux termes d'une autre disposition de la Constitution du Canada.

22. Les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits et privilèges, antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente charte et découlant de la loi ou de la coutume, des langues autres que le français ou l'anglais.

(a) *The Role of S. 16*

It has been suggested by a number of writers and by some courts also that the meaning to be given to the official languages sections of the *Charter* including s. 19(2) will be heavily influenced by the view that is taken of s. 16. I think this is probably correct and it might be useful therefore to see what the differing views of s. 16 are.

According to André Tremblay ("The Language Rights (Ss. 16 to 23)", in Tarnopolsky and Beaudoin (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), 443), s. 16 of the *Charter* was inspired by s. 2 of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, and despite minor differences in wording should be given the same effect. He expresses the view at p. 447 that: ... s. 16(1) raises the wording of s. 2 of the Official Languages Act to the rank of a constitutional norm of the first order.

Section 2 of the *Official Languages Act* reads:

2. The English and French languages are the official languages of Canada for all purposes of the Parliament and Government of Canada, and possess and enjoy equality of status and equal rights and privileges as to their use in all the institutions of the Parliament and Government of Canada.

2. L'anglais et le français sont les langues officielles du Canada pour tout ce qui relève du Parlement et du gouvernement du Canada; elles ont un statut, des droits et des privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

Professor Tremblay discusses two possible approaches to s. 16 at p. 450:

There are two hypotheses. The declaration [in s. 16(1)] can be considered as purely platonic or abstract, like a preamble which sets forth a goal or a general rule whose scope would be determined by ss. 17 to 22. The aim of the declaration would not be to establish complete or absolute bilingualism, but only the level or forms of bilingualism specified in the subsequent sections. According to the second hypothesis, s. 16(1) would be seen as containing the fundamental and autonomous principle of language policy at the federal level, or what can be called the cornerstone or pivot of all language

a) *Le rôle de l'art. 16*

Plusieurs auteurs de même que certains tribunaux ont laissé entendre que le sens à donner aux dispositions de la *Charte* relatives aux langues officielles, y compris le par. 19(2), dépendra en grande partie de l'interprétation donnée à l'art. 16. J'estime que cela est probablement exact et il pourrait donc être utile de passer en revue les différentes opinions concernant l'art. 16.

Selon André Tremblay («Les droits linguistiques», dans Beaudoin et Tarnopolsky (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 559), l'art. 16 de la *Charte* s'inspire de l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, chap. O-2 et, malgré de légères différences de formulation, on doit lui prêter le même effet. À la page 565, il exprime l'avis que: ... l'article 16(1) élève au rang de norme constitutionnelle de première classe le texte de l'article deux de la *Loi sur les langues officielles*.

L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* est ainsi conçu:

2. The English and French languages are the official languages of Canada for all purposes of the Parliament and Government of Canada, and possess and enjoy equality of status and equal rights and privileges as to their use in all the institutions of the Parliament and Government of Canada.

2. L'anglais et le français sont les langues officielles du Canada pour tout ce qui relève du Parlement et du gouvernement du Canada; elles ont un statut, des droits et des privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

Aux pages 568 et 569, le professeur Tremblay traite de deux manières possibles d'envisager l'art. 16:

Deux hypothèses sont possibles. On peut considérer la déclaration [au par. 16(1)] comme purement platonique ou abstraite, de type préambulaire qui énoncerait un objectif ou une règle générale dont l'étendue serait fixée par les articles 17 à 22. La déclaration ne viserait pas à implanter un bilinguisme intégral ou absolu, mais uniquement le niveau ou les modalités de bilinguisme précisés aux articles subséquents. La deuxième hypothèse consiste à voir dans l'article 16(1) le principe fondamental et autonome de la politique linguistique au niveau fédéral, ou ce que l'on peut appeler la pierre d'angle ou

provisions at the federal level. Section 16(1) would have the effect of restricting the powers of the federal government, which would have the constitutional obligation to ensure equality of status and the equal rights and privileges of French and English. It would also have the effect of leading to extensive judicial control of the constitutionality of federal laws and rules which would be contrary to the principle of equality. This interpretation is feasible and we understand how the Supreme Court could arrive at it. It has already been adopted for s. 2 of the federal Official Languages Act by Chief Justice Deschênes in the *Joyal v. Air Canada* [[1976] C.S. 1211 at pp. 1215-16] case:

[TRANSLATION] Section 2 of chapter O-2 actually goes further than section 1 of Bill 22, and the explanation for this is undoubtedly that there is a radical difference between the situations each act is aimed at resolving. Parliament could not stop at a statement of principle concerning the official status of English and French in Canada; the tangible results had to be foreseen immediately and this status had to be at once firmly rooted in the Canadian reality. From this follows the concrete conclusions of the principle: "they (the two official languages) possess and enjoy equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada".

This provision for equality in chapter O-2, which is absent from Bill 22 in accordance with the basic postulate of the Bill, established the principle of official languages in our country and gives it a basis in fact.

Section 2 of chapter O-2 therefore contains much more than the simple ethereal principle to which the defence would like to restrict it.

It is also significant that in using in the *Thorson* case (*Thorson v. A.G. of Canada* [1975] 1 S.C.R. 138, 151) the same language as was used by Air Canada, the Supreme Court of Canada reached, in 1974, the exact opposite conclusion than the one Air Canada submitted to the Court in support of this particular aspect of its brief:

la charnière de tout le dispositif linguistique au niveau fédéral.

Dans cette seconde hypothèse, l'article 16(1) aurait un effet contraignant sur les autorités fédérales qui auraient l'obligation constitutionnelle d'assurer l'égalité de statut et des droits et privilèges du français et de l'anglais. Il aurait aussi pour effet de conduire au contrôle judiciaire étendu de la constitutionnalité des lois et règlements fédéraux qui contreviendraient au principe d'égalité. Cette interprétation est possible et nous concevons que la Cour suprême puisse la retenir. Elle a déjà été retenue relativement à l'interprétation de l'article deux de la *Loi fédérale sur les langues officielles* par le juge en chef Deschênes de la Cour supérieure du Québec, dans l'affaire *Joyal c. Air Canada* [1976] C.S. 1211, aux pp. 1215 et 1216:

«L'article 2 du chapitre O-2 va en effet plus loin que l'article 1 de la Loi 22 et l'explication s'en trouve sans doute dans la situation radicalement différente que chaque loi envisage de régler. Le Parlement ne pouvait s'arrêter à sa déclaration de principe concernant le statut officiel de l'anglais et du français au Canada; il lui fallait immédiatement en prévoir les résultats tangibles et ancrer ce statut dans la réalité canadienne. De là suit la conclusion concrète du principe: «elles (les deux langues officielles) ont un statut, des droits et des privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.»

Absente de la Loi 22 en vertu du postulat même de base de celle-ci, cette disposition d'égalité dans le chapitre O-2 enracine déjà le principe des langues officielles dans le terroir de notre pays et lui donne sa consécration dans les faits.

L'article 2 du chapitre O-2 contient donc beaucoup plus que le seul principe éthéré auquel la défense voudrait le restreindre.

Il est d'ailleurs significatif qu'employant, dans l'affaire *Thorson* (*Thorson c. P.G. du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, p. 151) le même vocabulaire qu'Air Canada, la Cour suprême du Canada est arrivée, en 1974, à la conclusion exactement inverse de celle qu'Air Canada a soumise à la Cour au soutien de cet aspect particulier de son plaidoyer:

It (the *Official Languages Act*) is both declaratory and directory in respect of the use of English by and federal authorities and agencies . . . etc.

Professor Tremblay comments at p. 451:

This point of view, eminently respectable and, moreover, held by a very distinguished jurist, could be adopted by a Supreme Court which tended to be liberal and reformist concerning language matters. But history tells us that our courts have not been very active in this area. The Chief Justice's remarks were made concerning an ordinary Act of Parliament and they were not enthusiastically adhered to in subsequent decisions.

Professor Tremblay agrees with Deschênes C.J.S.C.Q. that s. 16 is more than just an abstract statement of principle; it is a provision, he says, on the basis of which a declaration of invalidity could be obtained under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. He expresses the view also that employees of the federal government or persons employed in federal institutions whose rights under the section were infringed could obtain relief under s. 24 of the *Charter*. However, he seems to share Chief Justice Deschênes' concern that the courts will dismiss s. 16 as purely directory and introductory and treat the "new constitutional standard" which it sets "as a platonic assertion of good intention without sanction" (p. 457). Chief Justice Deschênes was in fact reversed on appeal, [1982] C.A. 39, 134 D.L.R. (3d) 410. Monet J.A., with whom Nolan J.A. concurred, rejected the notion that s. 2 was self-executing and held that implementation of bilingualism required executive action. Barbes J. (*ad hoc*), in dissent, agreed with the broad view of s. 2 espoused by the Chief Justice.

Professor Magnet in "The Charter's Official Languages Provisions: The Implications of Entrenched Bilingualism" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 163, expresses his view of the proper approach to s. 16. He says at p. 172:

Elle (la *Loi sur les langues officielles*) est à la fois déclaratoire et exécutoire relativement à l'usage de l'anglais et du français par les organes et organismes fédéraux . . . etc.»

^a À la page 569, le professeur Tremblay fait les observations suivantes:

^b Ce point de vue éminemment respectable et de surcroît tenu par un juriste fort distingué pourrait devenir celui d'une cour suprême libérale et réformatrice en matières linguistiques. Mais l'histoire enseigne que nos tribunaux n'ont pas été très activistes dans ce domaine. Les propos du juge en chef sont spécifiques à une loi ordinaire du Parlement et n'ont pas reçu d'accueil enthousiaste de décisions judiciaires subséquentes.

^c Le professeur Tremblay est d'accord avec le juge en chef Deschênes pour dire que l'art. 16 n'est pas qu'une déclaration abstraite de principe; il s'agit, affirme-t-il, d'une disposition qui pourrait fonder une déclaration d'invalidité en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De plus, il se dit d'avis que les fonctionnaires fédéraux ou les personnes au service d'institutions fédérales pourraient, en cas d'atteinte aux droits garantis par cet article, obtenir un redressement en invoquant l'art. 24 de la *Charte*. Toutefois, il semble partager l'inquiétude du juge en chef Deschênes que les tribunaux ne considèrent l'art. 16 comme une disposition purement déclaratoire et introductive et qu'ils ne considèrent la «nouvelle norme constitutionnelle» qui y est établie «comme une affirmation platonique d'une bonne intention dépourvue de sanction» (p. 576). Mais la décision du juge en chef Deschênes a été infirmée en appel, [1982] C.A. 39, 134 D.L.R. (3d) 410. Le juge Monet, à l'avis duquel a souscrit le juge Nolan, a écarté la notion que l'art. 2 est automatiquement exécutoire et a conclu que la réalisation du bilinguisme nécessite l'intervention de l'exécutif. Le juge Barbes (*ad hoc*), dissident, a approuvé l'interprétation large de l'art. 2 adoptée par le Juge en chef.

^d Le professeur Magnet dans son article intitulé «The Charter's Official Languages Provisions: The Implications of Entrenched Bilingualism» (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 163, exprime son avis quant à la façon dont il faut aborder l'art. 16. À la page 172, il affirme ce qui suit:

Section 16 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* declares that "English and French are the official languages of Canada." Although the section goes on to provide for "equality of status and equal rights and privileges as to their use" in all federal institutions, the declaration of official status stands by itself. It is my thesis that section 16 is like a twin-headed hydra. The declaratory clause entrenches a complex precept of duality as a basic interpretational tenet of the constitution. The following clause guarantees the right of government employees to use either French or English as the language of work in the federal public service.

Section 16 is the same text, with insignificant modifications, as the provision that currently exists as section 2 of the *Official Languages Act*. All courts that have considered section 2 are agreed that, at a minimum, the provision declares Canada's fundamental commitment to linguistic duality. Section 2, said Mr. Justice Marceau, "is a 'declaration of status', which could not be formulated in stronger terms". The Quebec Court of Appeal underlined that the declaratory clause contained [TRANSLATION] "the spirit of the Act and the intention of Parliament". Its legislative intent is specific. It defines "the irrevocable goal ... to introduce complete bilingualism in practice" and "imposes ... the duty to take steps to reach the (bilingualism) goal". Taken at its lowest common denominator, section 2 is an interpretive provision radiating a legislative purpose that impacts on the Act in which it is set.

The reference to Marceau J. is a reference to his reasons for judgment in *Association des Gens de l'Air du Québec Inc. v. Lang*, [1977] 2 F.C. 22. In that case the Association sought the invalidation of an Order of the Minister of Transport made under the authority of s. 6 of the *Aeronautics Act* restricting the use of French on the ground that the Order contravened the *Official Languages Act*. The Federal Court of Canada rejected the claim. Marceau J. saw in s. 2 of the *Official Languages Act* not just a platonic principle but the "cornerstone" of the law. However, in his view the section could not be isolated from the other sections of the Act; it constituted a "declaration of status" but the declaration was purely introductory. He says at pp. 34-35:

However, on the practical level of the legal rights and duties flowing from it, I do not see how section 2 can be

[TRANSLATION] L'article 16 de la *Charte canadienne des droits et libertés* porte: «Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada.» Bien que l'article prévoit en outre «un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage» dans toutes les institutions fédérales, la déclaration du statut officiel existe de manière indépendante. Selon ma thèse, l'art. 16 est une espèce de monstre bicéphale en ce sens que la proposition déclaratoire enchâsse une notion complexe de dualité comme principe de base d'interprétation constitutionnelle tandis que la proposition suivante garantit aux fonctionnaires fédéraux le droit d'utiliser le français ou l'anglais comme langue de travail.

L'article 16 reprend, avec des modifications mineures, les dispositions de l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*. Toutes les cours qui ont eu à étudier l'art. 2 sont d'accord pour dire qu'au minimum il exprime l'engagement fondamental du Canada envers le concept de la dualité linguistique. L'article 2, a dit le juge Marceau, «constitue ... une «déclaration de statut», qu'on ne saurait formuler avec plus de vigueur». Comme l'a souligné la Cour d'appel du Québec, la proposition déclaratoire renferme «l'esprit de la loi et l'intention du Législateur». L'objet visé par cette proposition est précis. Elle définit «le but irrévocable ... d'introduire en pratique ... un bilinguisme intégral» et «impose l'obligation de prendre les moyens pour atteindre ce but [bilinguisme]». À tout le moins, l'art. 2 est une disposition interprétative qui traduit une intention législative dont se ressent toute la Loi qui la contient.

Les propos du juge Marceau sont tirés de ses motifs de jugement dans la décision *Association des Gens de l'Air du Québec Inc. c. Lang*, [1977] 2 C.F. 22. Dans cette affaire, l'Association a demandé l'annulation, pour le motif qu'elle contrevenait à la *Loi sur les langues officielles*, d'une ordonnance restreignant l'usage du français au sol, que le ministre des Transports avait rendue en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur l'aéronautique*. La Cour fédérale du Canada a rejeté la demande. Le juge Marceau a vu dans l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles* non pas simplement un principe platonique, mais la «pierre angulaire» de la Loi. Le juge a toutefois estimé que cet article ne saurait être isolé des autres dispositions de la Loi; il s'agissait selon lui d'une «déclaration de statut» qui demeurerait toutefois purement introductive. Voici ce qu'il affirme aux pp. 34 et 35:

Sur le plan pratique des droits et obligations juridiques qui en découlent cependant, je ne puis voir com-

isolated from the whole of the Act. In my opinion, it is a "declaration of status", which could not be formulated in stronger terms, but which remains introductory. Parliament sets out the conclusions to be drawn from it in the following sections where, in section 9 *et seq.* in particular, it defines the "duties" which it imposes on departments and agencies of the Government of Canada, to give effect to its "declaration of status".

Marceau J. then cites s. 9 of the Act which deals with, among other things, the obligation imposed on departments and agencies of the Government of Canada to ensure "to the extent that it is feasible for it to do so, that members of the public in locations other than those referred to in that subsection, where there is a significant demand therefor by such persons, can obtain available services from and can communicate with it in both official languages".

He then continues at p. 35:

"To the extent that it is feasible for it to do so": in my opinion, these are the basic terms to be considered. Parliament did not claim to introduce complete bilingualism in practice immediately, because obviously the facts in the context of which it was legislating did not permit it to do so. The status has been declared and the irrevocable goal defined, the duty to take steps to reach the goal is imposed, but the speed of progress toward the goal is measured in terms of feasibility.

The views of Marceau J. and Deschênes C.J.S.C.Q. present a striking contrast. While Chief Justice Deschênes saw s. 2 as not merely declaratory but also "self-executing", calling for immediate implementation to root it firmly in the Canadian reality, Marceau J. saw it merely as a declaration of status that was purely introductory, contemplating a much more gradual progression towards the ultimate goal of bilingualism.

The Federal Court of Appeal, [1978] 2 F.C. 371, upheld Mr. Justice Marceau. Le Dain J. (with whom Hyde D.J. concurred) found a clear conflict between the Order of the Minister and the *Official Languages Act* "in so far as . . . the Order denies the legal right to use French in [a] branch of the federal government". He found that the

ment cet article 2 peut être isolé de l'ensemble de la loi. Il constitue, à mon avis, une «déclaration de statut», qu'on ne saurait formuler avec plus de vigueur mais qui demeure introductive. Les conséquences à en tirer, le Parlement les exprime dans les articles qui suivent, et c'est ainsi notamment qu'il définit à partir de l'article 9 les «devoirs» qu'il impose aux ministères, départements et organismes du gouvernement du Canada, pour donner effet à sa «déclaration de statut».

Puis le juge Marceau cite l'art. 9 de la Loi qui traite notamment de l'obligation imposée aux ministères, départements et organismes du gouvernement du Canada de veiller, «dans la mesure où il leur est possible de le faire, à ce que le public, dans des endroits autres que ceux mentionnés dans ce paragraphe, lorsqu'il y a de sa part demande importante, puisse communiquer avec eux et obtenir leurs services dans les deux langues officielles».

Il ajoute, à la p. 35:

«Dans la mesure où il leur est possible de le faire», voilà, à mon sens, les termes de base qu'il faut noter. Le Parlement ne prétendait pas introduire, en pratique et immédiatement, un bilinguisme intégral, évidemment parce que les faits à partir desquels il légifèrait ne le permettraient pas. Le statut est déclaré, le but irrévocable est défini, l'obligation de prendre les moyens pour accéder au but est imposée, mais le rythme d'accession à ce but . . . est mesuré par les possibilités.

Les opinions du juge Marceau et du juge en chef Deschênes présentent un contraste frappant. De l'avis du juge en chef Deschênes, l'art. 2 est non seulement déclaratoire, mais «automatiquement exécutoire» en ce sens qu'il commande une application immédiate afin d'être solidement enraciné dans la réalité canadienne. Le juge Marceau, pour sa part, l'a qualifié de simple déclaration de statut de caractère purement introductif qui envisage une évolution beaucoup plus progressive vers le but ultime du bilinguisme.

La Cour d'appel fédérale, [1978] 2 C.F. 371, a confirmé la décision du juge Marceau. Le juge Le Dain (à l'avis duquel le juge suppléant Hyde a souscrit) a conclu que l'ordonnance du Ministre entraînait nettement en conflit avec la *Loi sur les langues officielles* «Dans la mesure où . . . l'Ordonnance refuse le droit strict d'employer le français

Minister's Order was within the authority conferred by the *Aeronautics Act*, a federal enactment, and therefore stood on an equal footing with s. 2 of the *Official Languages Act*. That being so, it took merely an exercise in statutory interpretation in order to resolve the conflict between the two. Le Dain J. could nowhere find a legislative intent to subordinate regulatory power in the interests of air safety to the provisions of the *Official Languages Act*. The Order therefore survived judicial scrutiny. Le Dain J. expressed his view as to the effect of s. 2 at pp. 379-80:

As I read section 2 it is more than a mere statement of principle or the expression of a general objective or ideal. That it is in relation to the *Official Languages Act* as a whole—the expression of the essential spirit of the Act to which reference is made in other provisions—but it is also the affirmation of the official status of the two languages and the legal right to use French, as well as English, in the institutions of the federal government. Other sections of the Act, such as sections 9 and 10, are concerned with what must be done by way of implementation to make this an effective right and a practical reality. What is chiefly involved is the provision of sufficient bilingual personnel in the public service to ensure that, in the words of section 9, “members of the public can obtain available services from and can communicate with it in both official languages”. There are other provisions in the Act which impose specific duties on institutions of the Government of Canada to give effect to the official status of the two languages but section 2 would appear to be the only provision from which one may derive a right to use French, as well as English, as a language of work as well as a language of service in the federal government. As such, it is in my respectful opinion more than a merely introductory provision, but rather the legal foundation of the right to use French, as well as English, in the public service of Canada, whether as a member of the service or a member of the public who has dealings with it. Of course, the practical implementation required to make that an effective right is another thing.

In my view, the difficulty in characterizing s. 16 of the *Charter* stems in large part from the problems of construction inherent in s. 16(1). I would

dans [une] division du gouvernement fédéral». D'après lui, l'ordonnance en question relevait du pouvoir conféré par la *Loi sur l'aéronautique*, une loi fédérale, et se trouvait donc sur un pied d'égalité avec l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*. Cela étant, il suffisait simplement de procéder à un exercice d'interprétation législative pour résoudre le conflit entre les deux. Le juge Le Dain n'a rien pu trouver qui indique que le législateur a eu l'intention de subordonner à la *Loi sur les langues officielles* le pouvoir de réglementation dans l'intérêt de la sécurité de la navigation aérienne. La Cour d'appel fédérale n'a donc pas touché à l'ordonnance. Aux pages 379 et 380, le juge Le Dain exprime son opinion quant à l'effet de l'art. 2:

Suivant mon interprétation de l'article 2, celui-ci est plus qu'une simple déclaration de principe ou l'expression d'un but ou d'un idéal général. Il l'est par rapport à la *Loi sur les langues officielles* dans son ensemble—l'expression de l'esprit principal de la Loi auquel d'autres dispositions de la Loi se réfèrent—mais il est également l'affirmation du statut officiel des deux langues et du droit strict d'employer le français, tout comme l'anglais, dans les institutions du gouvernement fédéral. D'autres articles de la Loi, tels que les articles 9 et 10, réglementent les modalités d'application afin d'en faire un droit effectif et une réalité pratique. Le principal problème consiste à fournir des employés bilingues en nombre suffisant dans la fonction publique pour veiller à ce que, suivant le libellé de l'article 9, «le public puisse communiquer avec eux et obtenir leurs services dans les deux langues officielles». D'autres dispositions de la Loi imposent des obligations spécifiques aux institutions du gouvernement du Canada pour donner effet au statut officiel des deux langues, mais l'article 2 paraît être la seule disposition de laquelle peut découler un droit d'employer le français ou l'anglais comme langue de travail et comme langue de service dans le gouvernement fédéral. À mon humble avis, l'article 2 est, à ce titre, plus qu'une simple disposition introductive, il est plutôt le fondement juridique de l'emploi du français, comme de l'anglais, dans la fonction publique du Canada, que ce soit comme fonctionnaire ou comme membre du public traitant avec lui. Bien entendu, la mise en application pratique nécessaire afin d'en faire un droit effectif est une toute autre histoire.

À mon avis, la difficulté qu'on éprouve à caractériser l'art. 16 de la *Charte* découle en grande partie des problèmes d'interprétation inhérents au

read the opening statement “English and French are the official languages of Canada” as declaratory and the balance of the section as identifying the main consequence in the federal context of the official status which has been declared, namely that the two languages have equality of status and have the same rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada. Subsection (3) of s. 16 makes it clear, however, that these consequences represent the goal rather than the present reality; they are something that has to be “advanced” by Parliament and the legislatures. This would seem to be in the spirit of *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, namely that legislatures cannot derogate from already declared rights but they may add to them. Provided their legislation “advances” the cause of equality of status of the two official languages it will survive judicial scrutiny; otherwise not. I do not believe, however, that any falling short of the goal at any given point of time necessarily gives a right to relief. I agree with those who see a principle of growth or development in s. 16, a progression towards an ultimate goal. Accordingly the question, in my view, will always be—where are we currently on the road to bilingualism and is the impugned conduct in keeping with that stage of development? If it is, then even if it does not represent full equality of status and equal rights of usage, it will not be contrary to the spirit of s. 16.

One of the difficulties in interpreting s. 16 in the way I have suggested lies in s. 20(1) which confers a right to communicate in English or French with and receive available services from “any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada” but imports a limit on such right in dealing with “any other office of any such institution”. The narrowness of s. 20(1), although it may very well be appropriate in terms of present resources and capabilities, seems to directly contradict the spirit of s. 16(1). Any steps

par. 16(1). J’estime que la disposition introductive portant que «Le français et l’anglais sont les langues officielles du Canada» est déclaratoire et que le reste du paragraphe énonce les conséquences principales de cette déclaration dans le contexte fédéral, savoir que les deux langues ont un statut égal et sont assorties des mêmes droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada. Toutefois, il ressort clairement du par. 16(3) que ces conséquences représentent le but visé plutôt que la réalité actuelle; il s’agit de quelque chose dont le Parlement et les législatures doivent «favoriser la progression». Cela semblerait conforme à l’esprit de l’arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, savoir que les législatures ne peuvent déroger à des droits déjà accordés, mais elles peuvent en étendre la portée. À condition que la législation «favorise la progression» vers l’égalité de statut des deux langues officielles, les cours n’y toucheront pas; dans l’hypothèse contraire, elle ne résistera pas à l’examen judiciaire. J’estime toutefois qu’aucun droit à un redressement ne découle inévitablement du fait que le but n’ait pas encore été atteint à un moment donné. J’abonde dans le sens de ceux qui voient dans l’art. 16 un principe de croissance ou de développement, une progression vers un objectif ultime. La question, selon moi, sera donc toujours de savoir où nous en sommes présentement dans notre cheminement vers le bilinguisme et si la conduite attaquée peut être considérée comme appropriée à ce stade de l’évolution. Dans l’affirmative, même si la conduite en question ne reflète pas la pleine égalité de statut et l’égalité quant aux droits à l’usage des langues officielles, elle ne sera pas contraire à l’esprit de l’art. 16.

Toutefois, l’interprétation de l’art. 16 que je viens de proposer bute contre certains obstacles, dont le par. 20(1) qui confère un droit à l’emploi du français ou de l’anglais pour communiquer avec «le siège ou l’administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada» ou pour en recevoir les services, mais qui impose une restriction à ce droit lorsqu’on a affaire à «tout autre bureau de ces institutions». Le caractère restreint du par. 20(1), bien qu’il puisse fort bien se justifier compte tenu des ressources et des

towards full accommodation of language rights endorsed by the courts under the growth principle in s. 16(1) would have to be consistent with s. 20(1), a provision which can only be changed by constitutional amendment requiring the consent of all the provinces. It is perhaps possible, however, to find latitude for growth by combining the message of s. 16(3) with the use in s. 20(1) of "significant demand for services and communications" and "reasonableness due to the nature of the office" as the determining factor in whether an individual has full rights under s. 20(1). If I am correct in my characterization of s. 16(1) as constitutionalizing a societal commitment to growth, then presumably our understanding of what is significant and what is reasonable under present conditions will evolve at a pace commensurate with social change. Under the aegis of s. 16(3) Parliament and the legislatures may legislate as to what is a "significant demand" and what is "reasonable" in a manner that reflects heightened social expectations. Accordingly, it is only judicial development of the right in s. 20(1) that is hampered by the section's limited scope.

I am inclined to accept this as a workable interpretation of the interplay between the provisions in the official languages part of the *Charter* and as a way around the difficulty posed by s. 20(1). I find it unlikely that the finite language employed in s. 20(1) was meant to inhibit the interpretive impact of s. 16(1) on the rest of the language provisions and to negate the principle of growth which has traditionally been associated with the interpretation of constitutional provisions. Such a finding would render s. 16(1) redundant or at best a formal embellishment and would run counter to the approach of this Court which has

moyens dont on dispose à présent, semble diamétralement opposé à l'esprit du par. 16(1). Toute démarche en vue de faire en sorte que soient entièrement respectés les droits linguistiques approuvés par les tribunaux en application du principe de développement énoncé au par. 16(1) devrait être compatible avec le par. 20(1) qui ne peut être changé que par voie de modification constitutionnelle, ce qui exige le consentement unanime des provinces. Il est peut-être possible d'arriver à une certaine latitude en matière de développement en combinant le message contenu au par. 16(3) avec le fait que le par. 20(1) parle d'une «demande importante» à l'égard de l'emploi du français ou de l'anglais ainsi que du caractère justifiable, en raison de «la vocation du bureau», de leur emploi, comme étant le facteur déterminant pour ce qui est de savoir si une personne jouit pleinement des droits que garantit le par. 20(1). Si j'ai raison et que le par. 16(1) constitutionnalise un engagement social à favoriser ce développement, alors, il est probable que notre conception de ce qui est important et de ce qui est justifiable dans les conditions actuelles évoluera en fonction des changements sociaux. Sous l'égide du par. 16(3), les législateurs fédéral et provinciaux peuvent légiférer, d'une manière qui tienne compte des attentes accrues de la société, sur ce qui constitue une «demande importante» et sur ce qui est justifiable. Il s'ensuit que ce n'est que le développement par les tribunaux du droit que confère le par. 20(1), qui est entravé par la portée restreinte de cette disposition.

Je suis portée à accepter cela comme une interprétation possible de l'interaction des dispositions de la *Charte* relatives aux langues officielles et comme un moyen de contourner la difficulté que pose le par. 20(1). À mon avis, il est improbable que les termes limités du par. 20(1) ont pour objet d'annihiler l'effet du par. 16(1) sur le plan de l'interprétation du reste des dispositions en matière linguistique et de neutraliser le principe de développement traditionnellement rattaché à l'interprétation de dispositions constitutionnelles. Pareille conclusion rendrait le par. 16(1) superflu ou, tout au mieux, le réduirait à l'état d'une disposition de caractère purement formel, ce qui irait à l'encontre de la position de cette Cour qui consiste à donner à

been to give full and purposive meaning to every word of the *Charter*.

(b) *Sections 27 and 14*

In addition to considering s. 16 of the *Charter* in relation to the interpretation to be given to s. 19(2) consideration also has to be given to ss. 27 and 14:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

14. A party or witness in any proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf has the right to the assistance of an interpreter.

It has been suggested that there may be some conflict between s. 27 and s. 16(3), particularly the French text of s. 16(3), if the phrase "*favoriser la progression*", in contradistinction to the word "advance" in the English text, is construed as involving an element of preferment to English and French over other languages: see Alain Gautron, "French/English Discrepancies in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1982), 12 *Man. L.J.* 220. While I appreciate the point that is being made, I do not believe that s. 27 was intended to deter the movement towards the equality of status of English and French until such time as a similar status could be attained for all the other languages spoken in Canada. This would derogate from the special status conferred on English and French in s. 16.

As far as s. 14 is concerned it might be argued that it supports the view that translation or interpretation would be adequate under s. 19. But this is far from clear. The right to an interpreter has usually been identified with the right to be present at a trial. For example, in *Attorney General of Ontario v. Reale*, [1975] 2 S.C.R. 624, this Court held that an accused, though physically present at his trial, was not present within the meaning of s. 577(1) of the *Criminal Code* because he was unable to understand the language in which the

chaque mot de la *Charte* son plein sens de manière à atteindre l'objet visé.

b) *Les articles 27 et 14*

Il ne suffit pas d'examiner l'art. 16 de la *Charte* par rapport à l'interprétation à donner au par. 19(2); il faut en outre prendre en considération les art. 27 et 14:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

14. A party or witness in any proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf has the right to the assistance of an interpreter.

On a laissé entendre qu'il peut y avoir conflit entre l'art. 27 et le par. 16(3), particulièrement la version française du par. 16(3), si l'expression «favoriser la progression», qui rend le terme *advance* employé dans le texte anglais, est interprétée comme privilégiant dans une certaine mesure le français et l'anglais par rapport à d'autres langues: voir Alain Gautron, «French/English Discrepancies in the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1982), 12 *Man. L.J.* 220. Même si je vois où on veut en venir, je ne crois pas que l'art. 27 ait pour objet d'empêcher le cheminement vers l'égalité de statut du français et de l'anglais jusqu'à ce que toutes les autres langues parlées au Canada acquièrent le même statut. Cela constituerait une atteinte au statut particulier que l'art. 16 confère au français et à l'anglais.

En ce qui concerne l'art. 14, on pourrait prétendre qu'il appuie le point de vue selon lequel la traduction ou l'interprétation suffit aux fins de l'art. 19. Toutefois, cela est loin d'être clair. Le droit à un interprète est habituellement assimilé au droit d'être présent au procès. Par exemple, dans l'arrêt *Procureur général de l'Ontario c. Reale*, [1975] 2 R.C.S. 624, cette Cour a conclu qu'un accusé, malgré sa présence physique à son procès, n'y était pas présent au sens du par. 577(1) du *Code criminel* parce qu'il ne pouvait pas compren-

proceedings were being conducted. It seems to me that the right to the assistance of an interpreter would extend to all cases where the right to be heard was either expressly or impliedly provided for by law and also to all cases where the rules of natural justice required that a hearing take place. Indeed, this seems to be the effect of the existing Canadian jurisprudence. For example, in *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373, it was held that the absence of a competent interpreter amounted to a denial of natural justice serious enough to order a re-trial. These cases certainly indicate that the ability to understand and be understood is a minimal requirement of due process. They do not, however, assist in answering the question whether the assistance of an interpreter satisfies the requirements of s. 19(2). Indeed, it may be significant that s. 14 is not included in the sections dealing with Canada's official languages.

It is interesting to note that in the Final Report to the Council of the Barristers' Society of New Brunswick, *Committee on Integration of the Two Official Languages in the Practice of Law*, September 1981, strong views were expressed on the subject of interpreters and translation. The Report was particularly critical of the use of simultaneous translation. Quoting from p. 64:

The discussion focussed primarily on the problems resulting from the use of translation. The majority of lawyers felt that simultaneous translation would not work in a trial in New Brunswick. In their opinion there was no properly qualified interpreter in the province who possesses the necessary competence to do simultaneous translation in a trial because of the high standards required for this form of translation. They mentioned as examples, the difficulties resulting from fast exchanges between two and maybe more persons in a trial, and the highly technical and legal language unique to each trial. Experience shows that the interpreter has some difficulty in following the proceedings often rendering an incomplete translation which is unacceptable in "a profession of words". Only if properly qualified interpreters such as in the Federal Court of Canada were available, should this method be preferred.

dre la langue dans laquelle les procédures se déroulaient. Il me semble que le droit à l'assistance d'un interprète s'appliquerait à tous les cas où la loi confère, expressément ou implicitement, le droit d'être entendu, ainsi qu'à tous ceux où les règles de justice naturelle exigent la tenue d'une audience. En fait, c'est ce qui semble se dégager de la jurisprudence canadienne actuelle. Par exemple, dans la décision *Unterreiner v. The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 373, il a été conclu que l'absence d'un interprète compétent équivalait à un déni de justice naturelle assez grave pour qu'un nouveau procès soit ordonné. Il ressort certainement de cette jurisprudence que le principe de l'équité dans les procédures judiciaires exige à tout le moins qu'il y ait une capacité de comprendre et d'être compris. La jurisprudence n'apporte toutefois aucune réponse à la question de savoir si l'assistance d'un interprète satisfait aux exigences du par. 19(2). D'ailleurs, le fait que l'art. 14 ne figure pas parmi les dispositions relatives aux langues officielles du Canada est peut-être révélateur.

Il est intéressant de noter que, dans son rapport final (septembre 1981) au Conseil de l'Association des avocats du Nouveau-Brunswick, le Comité sur l'intégration des deux langues officielles à la pratique du droit a exprimé des opinions très fermes sur la question des interprètes et de la traduction. Le rapport se montre particulièrement sévère à l'égard du recours à la traduction simultanée. Je reproduis ici un passage tiré des pp. 63 et 64:

Le point central de toute la discussion sur les procédures judiciaires fut les problèmes causés par l'utilisation d'un système de traduction. La majorité des avocats est d'avis que la traduction simultanée lors d'un procès n'est pas possible. Selon eux, il n'existe dans la province aucun interprète qualifié possédant la compétence nécessaire pour remplir les exigences que requiert la traduction simultanée lors d'un procès. Les avocats soulignèrent entre autres les difficultés causées par la vitesse des répliques lors d'un procès, ainsi que les échanges qui se déroulent entre plusieurs personnes à la fois, et le langage (*sic*) technique et juridique particulier à chaque procès. L'expérience vécue est que le traducteur peut difficilement suivre le déroulement du procès, ce qui donne comme résultat une traduction incomplète, inacceptable dans un domaine où chaque mot dit possède son importance. Cette méthode serait possible si des interprètes qualifiés, tels ceux travaillant à la Cour fédérale du Canada étaient disponibles.

The view was expressed in the Report, however, that simultaneous translation in its present state might be adequate in situations where there was very little cross-examination such as in the Court of Appeal and in some tribunals. The Committee also pointed out the limitations of consecutive translation where the testimony of witnesses is completely modified through the use of an interpreter and becomes for all practical purposes the testimony of the interpreter. The Report indicated that the lawyers thought the use of an interpreter reduced the effectiveness of trial techniques. However, the Committee concluded "In spite of these problems, consecutive translation is preferred to simultaneous translation at the present time because the system offers the possibility of correcting the interpreter if he does not give the right interpretation" (p. 64).

If the views expressed in the Report are sound they would certainly seem to suggest that simultaneous translation and perhaps consecutive translation also would place a litigant at a disadvantage at least in trial proceedings and would therefore fall under the ban of s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act*.

(c) *Section 133 of the Constitution Act, 1867*

The striking similarity in language between ss. 17, 18 and 19 of the *Charter* and s. 133 of the *Constitution Act, 1867* would appear to support the view expressed by Professor Tremblay that one of the characteristics of the *Charter* is constitutional continuity (p. 445). The jurisprudence developed under s. 133 would therefore apply to these sections including *Jones v. Attorney General of New Brunswick, supra*; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016 (*Blaikie No. 1*); *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312 (*Blaikie No. 2*), and the recent decision of this Court in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721. The crucial difference, he points out, is that by virtue of the amending provisions in the *Charter* linguistic rights are "doubly entrenched", first by s. 33 which precludes "opting out" of these provi-

Le rapport reconnaît toutefois que le système actuel de traduction simultanée pourrait convenir dans les cas où il n'y a que très peu de contre-interrogatoire, comme par exemple en Cour d'appel et devant certains tribunaux administratifs. Le comité a également souligné que la traduction consécutive présente aussi des inconvénients lorsque les dépositions des témoins sont complètement modifiées par l'interprète et deviennent à toutes fins utiles le témoignage de l'interprète. Le rapport indique que, de l'avis des avocats, le recours à un interprète diminue l'efficacité des techniques utilisées au cours d'un procès. Toutefois, le comité conclut que «Malgré ces problèmes, les avocats favorisent la traduction consécutive à la traduction simultanée si le procès doit être bilingue, car ce système offre au moins la possibilité de corriger l'interprète s'il commet une erreur d'interprétation» (p. 64).

Si les opinions exprimées dans le rapport sont bien fondées, cela semble certainement laisser entendre que la traduction simultanée, et peut-être aussi la traduction consécutive, aurait pour effet de défavoriser un plaideur, du moins en première instance, et qu'elle serait donc exclue par le par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*.

c) *L'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867*

La ressemblance frappante entre les termes des art. 17, 18 et 19 de la *Charte* et ceux de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* semblerait appuyer le point de vue du professeur Tremblay, selon lequel une des caractéristiques de la *Charte* est la continuité constitutionnelle (p. 563). La jurisprudence portant sur l'art. 133 s'appliquerait donc aux articles susmentionnés de la *Charte*. Cette jurisprudence comprend notamment les arrêts *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, précité, *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 (*Blaikie n° 1*), *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 (*Blaikie n° 2*), ainsi que l'arrêt récent de cette Cour *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. La différence fondamentale, souligne-t-il, tient à ce qu'en vertu des dispositions relatives à la modification de

sions and secondly by s. 41 which requires the unanimous consent of all the provinces to change them (pp. 445-46). The salient, and for purposes of these reasons most useful, feature of the jurisprudence under s. 133 is its expansive and purposive approach to the scope of linguistic rights at least at the level of this Court.

The *Jones* case dealt with *inter alia* the constitutional validity of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2 in relation to s. 133 of the *British North America Act, 1867*. It was argued that s. 133 articulates the maximum as well as minimum protection to be given to the use of the French and English languages. Laskin C.J. responded as follows at p. 192:

I do not accept that submission which, in my opinion, is unsupportable under the language of s. 133, unsupportable as a matter of such history thereof as is available, and unsupportable under the scheme of distribution of legislative power as established by the *British North America Act* and as construed by the Courts over a long period of time.

And later at p. 195:

Section 91(1) aside, there are no express limitations on federal legislative authority to add to the range of privileged or obligatory use of English and French in institutions or activities that are subject to federal legislative control. Necessary implication of a limitation is likewise absent because there would be nothing inconsistent or incompatible with s. 133, as it relates to the Parliament of Canada and to federal Courts, if the position of the two languages was enhanced beyond their privileged and obligatory use under s. 133. It is one thing for Parliament to lessen the protection given by s. 133; that would require a constitutional amendment. It is a different thing to extend that protection beyond its present limits.

In the two *Blaikies* the Court, reflecting the spirit of *Jones* that s. 133 did not establish a ceiling of linguistic rights protection but rather a base that could be built upon, found that the

la *Charte*, il y a «double enchâssement» des droits linguistiques: un premier enchâssement par l'art. 33 qui exclut le «droit de retrait» à l'égard de ces dispositions et un second par l'art. 41 qui exige le consentement unanime des provinces à toute modification de ces mêmes dispositions (p. 563). L'aspect le plus remarquable, et le plus utile aux fins des présents motifs, de la jurisprudence portant sur l'art. 133 est la façon large et fondée sur l'objet visé dont elle aborde la portée des droits linguistiques. C'est le cas du moins des arrêts de cette Cour.

L'arrêt *Jones* porte notamment sur la constitutionnalité de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, chap. O-2, compte tenu de l'art. 133 l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. On a fait valoir que l'art. 133 énonce les limites maximale et minimale de la protection à accorder à l'usage du français et de l'anglais. La réponse du juge en chef Laskin à cet argument se trouve à la p. 192:

Je ne puis accepter cette prétention, qui, à mon avis, ne peut être fondée ni sur le libellé ni sur l'histoire connue de l'art. 133, non plus que sur le partage des compétences législatives établi par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et interprété par les tribunaux depuis longtemps.

À la p. 195, il ajoute:

Le par. (1) de l'art. 91 mis à part, il n'y a aucune limitation expresse du pouvoir législatif du gouvernement fédéral d'étendre le champ de l'emploi privilégié ou obligatoire de l'anglais et du français dans les institutions ou les activités qui relèvent du contrôle législatif fédéral. Il ne s'y trouve non plus aucune limitation nécessairement implicite puisqu'il n'y a rien d'inconciliable ou d'incompatible avec l'art. 133, dans son rapport avec le Parlement du Canada et les tribunaux fédéraux, à améliorer la situation des deux langues au-delà de leur emploi privilégié ou obligatoire prévu à l'art. 133. La diminution par le Parlement de la protection donnée par l'art. 133 est une chose; cela requiert un amendement constitutionnel. C'est toute autre chose que d'étendre cette protection au-delà de ses limites actuelles.

Dans les deux arrêts *Blaikie*, fidèle à l'esprit de l'arrêt *Jones*, savoir que l'art. 133 établit, non pas une limite maximale en ce qui concerne la protection des droits linguistiques, mais plutôt une base

section contained an organic principle of growth capable of responding to changing social realities. In *Blaikie No. 1* by giving “full weight . . . to every word of s. 133” (p. 1022) the Court found that the requirement to enact legislation in both official languages was implicit in the section. Similarly, the Court found that the phrase “‘Courts of Quebec’ ought to be considered broadly” (p. 1028) to include other adjudicative agencies and that ‘Acts . . . of Quebec’ ought to include delegated legislation in order not to “truncate the requirement of s. 133” (p. 1027). In both instances the Court demonstrated a willingness to enlarge the scope of the literal words so as to tailor the protection to the exigencies of contemporary structures of law-making and adjudication. The spirit of this approach is continued in *Blaikie No. 2* where the Court, taking account of “the phenomenal growth of delegated legislation since 1867” held that s. 133 applied to regulations made by certain boards and subordinate law-making agencies. It is in its treatment of Court rules of practice, however, that its expansive approach to the section is most visible. The Court found that the rules of practice were subject to s. 133 “by necessary intendment” not so much because of their legislative nature but because of their judicial character. The Court stated at p. 332:

All litigants have the fundamental right to choose either French or English and would be deprived of this freedom of choice should such rules and compulsory forms be couched in one language only.

The Court was clearly unsympathetic to any interpretation which would run counter to the litigant’s right to have his or her case conducted in the language of his or her choice.

Finally, in *Reference re Manitoba Language Rights, supra*, the Court rejected the submission that the first part of s. 133 should be construed as merely “directory” in order to uphold the validity of legislation which did not comply with the section. In exploring the doctrinal underpinnings of

qui sert de point de départ, la Cour a conclu que cet article renferme un principe fondamental de développement susceptible d’adaptation à l’évolution des réalités sociales. Dans l’arrêt *Blaikie n° 1*, en donnant «à chaque mot de l’art. 133 toute sa portée» (p. 1022), la Cour a conclu que l’obligation d’adopter les lois dans les deux langues officielles s’en dégage implicitement. De même, la Cour a été d’avis qu’il «faut donner un sens large à l’expression «les tribunaux de Québec»» (p. 1028) de manière qu’elle englobe d’autres organismes dotés du pouvoir de rendre la justice. La Cour a estimé en outre que, pour ne pas «tronquer l’obligation imposée par [le] texte [de l’art. 133]» (p. 1027), l’expression «actes . . . de Québec» doit comprendre la législation déléguée. Dans l’un et l’autre cas, la Cour s’est montrée prête à étendre la portée du sens littéral des mots de manière à ajuster la protection en fonction des exigences posées par les structures législatives et judiciaires contemporaines. L’arrêt *Blaikie n° 2* poursuit dans le même sens. Dans cet arrêt, la Cour, tenant compte de «l’essor phénoménal de la législation déléguée depuis 1867», a conclu que l’art. 133 s’applique aux règlements pris par certains bureaux et organismes législatifs subordonnés. Toutefois, c’est son étude des règles de pratique des tribunaux qui révèle le plus clairement son interprétation large de l’art. 133. Selon la Cour, les règles de pratique étaient «nécessairement» visées par l’art. 133, non pas tant en raison de leur nature législative, mais à cause de leur caractère judiciaire. À la p. 332, la Cour affirme:

Tous les plaideurs ont le droit fondamental de choisir le français ou l’anglais et seraient privés de cette liberté de choix si ces règles et formules obligatoires étaient rédigées en une seule langue.

Il est évident que la Cour voyait d’un mauvais oeil toute interprétation qui porterait atteinte au droit des justiciables à un procès dans la langue de leur choix.

Finalement, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, la Cour a rejeté l’argument selon lequel la première partie de l’art. 133 doit être considérée comme «directive» afin que ne soit pas entachée d’inconstitutionnalité toute loi non conforme aux dispositions dudit arti-

the distinction between mandatory and directory legislation, the Court found that it was premised on the desire to avoid serious inconvenience. The Court stated at p. 742:

More important than the lack of authority to support the application of the mandatory/directory distinction to constitutional provisions, however, is the harm that would be done to the supremacy of Canada's Constitution if such a vague and expedient principle were used to interpret it. It would do great violence to our Constitution to hold that a provision on its face mandatory, should be labelled directory on the ground that to hold otherwise would lead to inconvenience or even chaos.

This spirit of vigilance in safeguarding a meaningful exercise of linguistic rights should also, in my view, inform our approach to ss. 16 and 19 of the *Charter*.

9. The factual context

Having canvassed briefly the statutory context of s. 19(2) I turn now to the factual context in which it must be applied. The appellant's complaint is that its linguistic rights under the section were violated by Stratton J.A.'s sitting as a member of the Court of Appeal when his level of understanding of the French language was inadequate. It did not, in the appellant's submission, solve this problem that his two colleagues were bilingual: the appellant was entitled to a panel composed of three judges all of whom understood the French language. The appellant takes no position as to whether, had simultaneous translation been provided, this would have been adequate. Nor does it have to since no translation was in fact provided in the Court of Appeal.

The appellant seems to rely for its statement that Stratton J.A.'s level of understanding of the French language was inadequate upon the fact that when it initially requested a bilingual judge to hear its application for leave to appeal and for an extension of time to appeal on the basis that some submissions might be made in English and others in French, Stratton J.A. acceded to the request and referred the applications to Angers J.A. This,

cle. Dans son examen du fondement doctrinal de la distinction entre les lois impératives et les lois directives, la Cour est arrivée à la conclusion que cette distinction repose sur la volonté d'éviter de graves inconvénients. La Cour dit, à la p. 742:

Cependant, ce qui est plus important que l'absence de jurisprudence justifiant l'application de la distinction entre ce qui est impératif ou directif aux dispositions constitutionnelles, c'est le tort qui serait causé à la suprématie de la Constitution canadienne si un principe aussi vague était utilisé comme expédient pour l'interpréter. Ce serait une entorse grave à la Constitution que de conclure qu'une disposition en apparence impérative doit être qualifiée de directive pour le motif qu'une conclusion en sens contraire entraînerait des inconvénients ou même le chaos.

Selon moi, notre interprétation des art. 16 et 19 de la *Charte* doit être empreinte de cette même vigilance afin d'assurer que les droits linguistiques ne soient pas lettre morte.

9. Le contexte factuel

Ayant examiné brièvement le contexte législatif du par. 19(2), j'aborde maintenant le contexte factuel dans lequel il doit être appliqué. L'appelante prétend avoir subi une atteinte aux droits linguistiques que lui accorde cette disposition du fait que le juge Stratton, qui ne possédait pas une compréhension suffisante du français, ait siégé comme membre de la Cour d'appel. Certes, les deux collègues du juge Stratton étaient bilingues mais, soutient l'appelante, cela ne réglait pas le problème étant donné qu'elle avait le droit d'être entendue par une formation composée de trois juges qui comprenaient tous le français. Quant à la question de savoir s'il aurait suffi de fournir une traduction simultanée, l'appelante n'a pas pris position. Cela n'est d'ailleurs pas nécessaire parce qu'il n'y a pas eu de traduction en Cour d'appel.

L'affirmation de l'appelante selon laquelle le juge Stratton n'avait pas une compréhension suffisante du français semble s'appuyer sur le fait que, lorsqu'elle a demandé que ses demandes d'autorisation d'appel et de prorogation du délai d'appel soient entendues par un juge bilingue parce qu'il se pourrait que les arguments soient présentés partie en français partie en anglais, le juge Stratton a accepté et a renvoyé les demandes au juge Angers.

the appellant submits, was a clear acknowledgment by Stratton J.A. that his level of understanding of French was inadequate. How could he then feel qualified to sit on the case? With respect, I cannot accept this submission. If counsel, expressing lack of confidence in the language competence of a judge, requests that he or she not sit, I feel fairly sure that that judge would consider seriously whether or not there was a basis for counsel's concern. If the judge concluded that there was some basis for it, he or she might decide not to sit even although personally of the view that counsel's concern was greatly exaggerated. A good parallel is conflict of interests. No judge will sit if counsel alleges that he or she has a conflict of interests and there is some basis for the allegation. Even if the judge is satisfied in his or her own mind that he or she can be completely impartial, it is probably wise for that judge not to sit on the basis that justice must not only be done, it must be seen to be done. I would not, therefore, conclude from Stratton J.A.'s accession to counsel's request that he refer the applications to a bilingual judge that he necessarily agreed with the appellant that his level of understanding of the French language was inadequate.

The point made by counsel does, however, raise very important questions as to the level of understanding of a language required of a judge sitting on a case and who is to determine whether or not a particular judge has attained that level. If we are merely talking due process, then the answer to the first question seems relatively simple: the judge must have sufficient understanding of the language to provide a fair hearing. If we are talking equality of linguistic rights in the court structure, this may fall far short of what is required.

On the question of how the judge's level of competence is to be determined, it seems to me that in the absence of any system of testing in both languages applicable uniformly to all judges sitting in New Brunswick courts (and federal courts also under s. 19(1)), a judge must assess in good

Cela constituait, prétend l'appelante, une reconnaissance non équivoque par le juge Stratton qu'il n'avait pas une compréhension suffisante du français. Alors, comment pouvait-il se sentir compétent pour instruire l'affaire? Avec égards, je ne puis retenir cet argument. Si un avocat, invoquant son manque de confiance en la compétence linguistique d'un juge, demandait que celui-ci ne siège pas, je suis presque certaine que ce juge se demanderait sérieusement si cette inquiétude de l'avocat est fondée. Si ce même juge concluait qu'elle est fondée jusqu'à un certain point, il se pourrait alors qu'il décide de se récuser tout en étant personnellement d'avis que l'inquiétude de l'avocat est grandement exagérée. Cette situation est équivalente à celle où il y a conflit d'intérêts. Aucun juge ne siègera si l'avocat allègue que ce juge est en conflit d'intérêts ou qu'il y a des motifs de le croire. Même si le juge est personnellement convaincu qu'il peut être tout à fait impartial, il est probablement sage qu'il se récuse pour le motif qu'il ne suffit pas que justice soit rendue, il doit être évident que justice est rendue. Par conséquent, je ne déduis pas de la décision du juge Stratton d'acquiescer à la demande de l'avocat et de renvoyer les demandes à un juge bilingue qu'il a nécessairement partagé l'avis de l'appelante quant à l'insuffisance de sa compréhension du français.

Cependant, la prétention de l'avocat soulève des questions très importantes quant au niveau de compréhension d'une langue que doit posséder un juge qui instruit une affaire et quant à savoir à qui il incombe de déterminer si un juge a atteint le niveau approprié. S'il ne s'agit que du principe de l'équité dans les procédures judiciaires, alors la réponse à la première question semble relativement simple: le juge doit comprendre la langue assez bien pour que le procès soit équitable. Si par contre on veut parler de l'égalité linguistique devant les tribunaux, cela risque d'être fort insuffisant.

Pour ce qui est de la façon de déterminer le niveau de compétence linguistique des juges, il me semble qu'à défaut d'un système de tests dans les deux langues applicables pareillement à tous les juges des cours du Nouveau-Brunswick (et, en vertu du par. 19(1), à ceux des cours fédérales

faith and in as objective a manner as possible his or her own level of understanding of the language of the proceedings. If the judge is in doubt as to whether or not he or she attains the requisite level, presumably he or she does not sit. If counsel expresses doubt, as already mentioned, he or she may or may not sit.

I think we may safely infer from his conduct that Stratton J.A. considered that he had an adequate understanding of the French language to sit on the case. I think we may also infer that his two colleagues who sat with him thought so also. To infer otherwise is to suggest that all three decided to have a member of the court sit who was not capable of understanding the language in which the proceedings were being conducted. It is also, I believe, extremely significant that counsel did not raise the issue of Stratton J.A.'s competence to sit on the panel of three despite the fact that he had acceded to their request for a bilingual judge initially. It may be a reasonable inference that they considered him perfectly capable of sitting as one of three. Stratton J.A. certainly appears to have considered himself sufficiently proficient in the language to sit on a panel of three whether or not he considered himself sufficiently proficient to sit as a single judge. However, as already mentioned, I do not draw from his accession to counsel's request the inference that he considered himself not sufficiently proficient to sit as a single judge; I conclude rather that he responded with sensitivity to the doubts expressed by counsel, doubts not repeated before the panel of three.

During the course of the hearing of the appeal to this Court, counsel were asked for their submissions as to whether the requirements of s. 19(2) of the *Charter* could be met by the provision of simultaneous translation. Counsel indicated that they did not wish to make submissions on this subject or to have it decided by the Court on this appeal. They pointed out that, since no translation was available in the New Brunswick Court of Appeal, the issue is simply not raised in this case.

a aussi), un juge doit, de bonne foi et de la manière la plus objective possible, évaluer lui-même son niveau de compréhension de la langue des procédures. Dans le cas où le juge n'est pas certain s'il possède le degré de compréhension nécessaire, il n'est pas censé siéger. De même, comme je l'ai déjà dit, si l'avocat exprime des doutes, le juge peut siéger ou ne pas siéger.

b Je crois que nous pouvons sans crainte déduire de la conduite du juge Stratton qu'il a jugé qu'il comprenait assez bien le français pour instruire l'affaire. De plus, j'estime que nous pouvons conclure que tel a également été l'avis des deux collègues qui ont siégé avec lui. Toute autre conclusion reviendrait à dire qu'ils ont tous les trois décidé de laisser siéger un membre de la cour qui était incapable de comprendre la langue des procédures. c À mon sens, il est aussi extrêmement révélateur que les avocats n'aient pas soulevé la question de la compétence du juge Stratton pour siéger à titre de membre de la formation de trois juges, malgré le fait qu'il avait au départ acquiescé à leur demande d'audience devant un juge bilingue. Il peut être raisonnable de conclure qu'ils ont jugé qu'il était parfaitement en mesure de faire partie de la formation de trois juges. Il ne fait pas de doute que le juge Stratton s'est considéré comme assez compétent dans la langue en question pour faire partie d'une formation de trois juges, peu importe qu'il se soit ou non considéré comme assez compétent pour siéger seul. Toutefois, comme je l'ai déjà dit, je ne conclus pas du fait qu'il a acquiescé à la demande de l'avocat qu'il a jugé ne pas avoir une connaissance suffisante de la langue pour pouvoir siéger seul; j'estime plutôt qu'il a fait preuve de tact face aux doutes exprimés par l'avocat, lesquels n'ont pas été réitérés devant la formation de trois juges. d e f g h

Au cours de l'audience en cette Cour, on a invité les avocats à présenter leurs thèses sur la question de savoir si la traduction simultanée peut permettre de satisfaire aux exigences du par. 19(2) de la *Charte*. Les avocats ont indiqué qu'ils ne souhaitaient pas plaider sur ce point, ni que la Cour le tranche dans le cadre du présent pourvoi. Ils ont souligné que, puisqu'il n'y avait pas eu de traduction en Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, la question ne se posait tout simplement pas en l'es-

In accordance with counsels' wishes I express no view on the matter.

Professor Leslie Katz, in an article entitled "Are There Constitutionally Guaranteed Language Rights in Criminal Code Proceedings?" (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 545, discusses the question whether the right of the litigant to address the courts orally in English or French includes the right to a judge who understands the language spoken. He concludes that "the provisions [of s. 133] must implicitly require courts capable of understanding both English and French". Professor Katz relies on *Miller v. The Queen*, [1970] S.C.R. 214, as authority for this proposition but I am not sure that the case supports him. In that case counsel for the two accused at their trial for attempted murder sought to use the French language in the examination of French speaking witnesses. The trial judge refused the request on the ground that both accused were English speaking, the jury was made up entirely of English speaking jurors and counsel for the accused, although French speaking, was perfectly familiar with the English language. The conviction was upheld by the Court of Appeal and leave to appeal to this Court was denied. In brief reasons Fauteux J., as he then was, held that in view of s. 133 of the *British North America Act, 1867*, the trial judge's refusal to accede to counsel's request was an error of law (as, indeed, was acknowledged by accused's counsel) but no substantial wrong or miscarriage of justice resulted from it. It seems to me that while *Miller* stands for the proposition that counsel are entitled to speak French in the courts and it is error of law to deny them that right, it says nothing about the need for understanding by the judge.

Nor was the issue directly addressed in an earlier decision of this Court, *Veillette v. The King* (1919), 58 S.C.R. 414. In that case the appellant who was being tried for murder indicated that he

pèce. Conformément aux vœux exprimés par les avocats, je m'abstiens de me prononcer sur ce point.

a Dans un article intitulé «Are There Constitutionally Guaranteed Language Rights in Criminal Code Proceedings?» (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 545, le professeur Leslie Katz étudie la question de savoir si le droit du plaideur de s'exprimer oralement en français ou en anglais devant les tribunaux comporte aussi le droit à un juge qui comprend la langue en question. Il conclut que [TRADUCTION] «les dispositions [de l'art. 133] ne peuvent qu'exiger implicitement des tribunaux capables de comprendre l'anglais et le français». Le professeur Katz fonde cette proposition sur l'arrêt *Miller c. La Reine*, [1970] R.C.S. 214, mais je ne suis pas sûre que cet arrêt appuie son point de vue. Il s'agissait là d'un procès pour tentative de meurtre au cours duquel l'avocat des deux accusés a demandé la permission d'utiliser le français pour interroger les témoins francophones. Le juge du procès a refusé de faire droit à cette demande pour le motif que les deux accusés étaient anglophones, que le jury était composé entièrement d'anglophones et que l'avocat des accusés, quoique francophone, connaissait parfaitement l'anglais. La déclaration de culpabilité a été maintenue par la Cour d'appel et l'autorisation de former un pourvoi devant cette Cour a été refusée. Dans de brefs motifs de jugement, le juge Fauteux a conclu que, compte tenu de l'art. 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, le refus du juge du procès de faire droit à la demande de l'avocat constituait une erreur de droit (ce qu'a reconnu d'ailleurs l'avocat des accusés), mais qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave n'en est résulté. À ce qu'il me semble, bien que l'arrêt *Miller* étaye la proposition portant que les avocats ont le droit de s'exprimer en français devant les tribunaux et que c'est une erreur de droit que de leur refuser d'exercer ce droit, il ne dit rien au sujet de la nécessité pour le juge de comprendre cette langue.

Cette Cour ne s'est pas non plus penchée directement sur cette question dans l'arrêt antérieur *Veillette v. The King* (1919), 58 R.C.S. 414. Dans cette affaire, l'appelant qui subissait son

wanted his trial in French and the trial judge directed the impanelling of a mixed jury. Each of the six French speaking jurors stated to the court at the time of their selection that they understood and spoke both English and French. The trial proceedings were carried on in English. The main issue before the Supreme Court of Canada was the effect of the trial judge's failure to sum up the case to the jury in French. Four of the five judges who sat on the case held that the appellant was entitled to have the case conducted in both English and French. However, the Court held that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted from its being conducted wholly in English. The basis of their conclusion was that only an ordinary conversational skill in the use of English was required in the case and the accused himself gave his evidence wholly in English. However, in the course of his reasons Anglin J. stated at p. 419:

I am inclined to agree with the learned Chief Justice of Quebec that

after the election of the accused for a mixed jury, and after the impanelling of such a mixed jury, the case should have been conducted in both languages.

That, in my opinion, was a right of the accused implied by the statute. If not, its object would be purely sentimental and no right real and substantial in character would be conferred by it.

Brodeur J. dissented on the "no substantial wrong" aspect. He would have set aside the conviction and ordered a new trial. Commenting on the relevant provision of 27-28 Vict., c. 41, s. 7, Brodeur J. said at p. 423:

[TRANSLATION] As indicated by the very wording of the statute, the right of an English- or French-speaker to be tried in the province by at least six of his fellow citizens who speak his mother tongue is an absolute one. The judge does not even have the discretion to decide whether to grant the accused's request for a mixed jury. It is an absolute and indefeasible right; and once he has

procès pour meurtre a indiqué qu'il voulait subir son procès en français. Le juge a donc ordonné la constitution d'un jury mixte. Or, chacun des six jurés francophones a dit à la cour au moment d'être choisi qu'il comprenait et parlait le français et l'anglais. Le procès s'est déroulé en anglais. La question principale soulevée en Cour suprême du Canada concernait l'effet de l'omission du juge du procès de résumer la preuve en français pour le jury. Sur les cinq juges qui ont entendu l'affaire, quatre ont reconnu à l'appelant le droit de subir son procès à la fois en français et en anglais. Toutefois, la Cour a conclu qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave n'avait résulté du fait que les procédures s'étaient déroulées entièrement en anglais. Cette conclusion était fondée sur le fait que seule une capacité ordinaire de s'exprimer en anglais était requise aux fins du procès et que l'accusé lui-même a témoigné entièrement en anglais. Cependant, le juge Anglin a déclaré, à la p. 419 de ses motifs:

[TRADUCTION] Je suis porté à partager l'avis du savant juge en chef du Québec que

vu le choix d'un jury mixte par l'accusé et vu la constitution d'un jury mixte, l'affaire aurait dû être instruite dans les deux langues.

À mon avis, il s'agit là d'un droit de l'accusé qui ressort implicitement de la loi. Dans l'hypothèse contraire, son objet serait purement sentimental et elle ne conférerait aucun droit réel et tangible.

Le juge Brodeur s'est dit en désaccord avec la conclusion qu'aucun tort important n'avait résulté. Il aurait annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Commentant la disposition pertinente de la Loi, savoir 27-28 Vict., chap. 41, art. 7, le juge Brodeur affirme, à la p. 423:

Comme on le voit par le texte même du statut, c'est un droit absolu pour un anglais ou un français dans la province d'être jugé par six au moins de ses concitoyens qui parlent sa langue maternelle. Ce n'est pas même laissé à la discrétion du juge de décider s'il y a eu lieu ou non d'accorder cette demande du prévenu pour un jury mixte. C'est un droit absolu et incontestable. Et du

expressed this wish, the judge must note it and ensure that the jury is mixed.

And later he said at pp. 424-25:

[TRANSLATION] Now, how far does the right conferred on accused persons go?

It has been suggested that this right applied only to jury selections and did not impose on the Court a duty to ensure that all the proceedings are conducted in both languages so they can be understood by all members of the jury.

In my view, the right would be wholly illusory if, for example, despite the fact that an English-speaker was entitled to select a mixed jury it was open to the prosecution to call witnesses who spoke French and not have their testimony translated into English, so that its content would be understood by English-speaking members of the jury. This would be a serious denial of justice.

The same would be true of the judge's charge to the jury. He must make certain that what he says is understood by all its members.

It is true that the statute is silent on the way in which a case should be conducted before a mixed jury. However, there could be no better interpretation of it than the practice, consistently followed for over a hundred and fifty years in cases where there is a mixed jury, of translating the depositions of the witnesses into both languages and making the judge's charge in, or translating it into, English and French..

Mignault J. (one of the majority) expressed a similar view at p. 430:

[TRANSLATION] Returning now to 27-28 Vict. c. 41, it is clear that the provision in question is illusory if, in a case before a mixed jury, the testimony is not translated from French into English and vice versa, and if at least the gist of the charge by the presiding judge is not made in both languages. That has always been the practice in the province of Quebec, and learned counsel for the respondent in this Court, Mr. Gaboury, in answer to a question I put to him, admitted that the practice has also been followed in the Pontiac district. I consider, therefore, that a prisoner who requests a mixed jury is entitled to have the case heard in both languages, and this certainly includes the judge's charge to the jury.

The issue of a litigant's right to have his case heard by a judge who understands the language in

moment qu'il manifeste ce désir, le juge est tenu d'en prendre note et de voir à ce que le jury soit mixte.

Aux pages 424 et 425, il ajoute:

a Maintenant, quelle est l'étendue du droit qui était conféré aux prévenus?

b On a prétendu que ce droit ne consistait que dans le choix des jurés et ne comportait pas l'obligation pour la cour de voir à ce que toutes les procédures soient conduites dans les deux langues afin d'être bien comprises par tous les membres du jury.

c Ce serait, suivant moi, un droit bien illusoire si, malgré le droit qu'aurait un anglais, par exemple, de choisir un jury mixte, il était permis à la couronne de faire entendre les témoins en langue française et de ne pas traduire leurs témoignages en anglais de manière à ce que la teneur de ces témoignages fût comprise par les jurés de langue anglaise. Cela constituerait un grave déni de justice.

d Il en serait de même pour le résumé (charge) du juge. Ce dernier devrait voir à ce que son allocution soit comprise de tout le jury.

e Il est vrai que la loi est silencieuse sur la manière dont une cause devra être conduite devant un jury mixte. Mais je ne veux pas de meilleure interprétation de la loi que cette pratique, constamment suivie depuis plus de cent cinquante ans, que dans le cas de jury mixte les dépositions des témoins sont traduites dans les deux langues et le résumé du juge est également fait ou f traduit en anglais et en français.

Le juge Mignault (l'un des juges formant la majorité) exprime un point de vue analogue, à la p. 430:

g Revenant maintenant à la disposition de la loi 27-28 Vict. ch. 41, il est clair que cette disposition serait illusoire si, dans un procès instruit devant un jury mixte, les témoignages n'étaient pas traduits du français en anglais, et réciproquement, et si l'adresse du juge présidant le procès n'était pas faite, du moins quant à ses parties essentielles, dans ces deux langues. Telle a toujours été la pratique en la province de Québec, et le savant conseil de l'intimé devant nous, Mtre. Gaboury, en réponse à une question que je lui ai posée, a admis que cette pratique était aussi suivie dans le district de Pontiac. Je suis donc d'opinion que le prisonnier qui demande un jury mixte a le droit d'avoir un procès instruit dans les deux langues, française et anglaise, ce qui comprend bien l'adresse du juge au jury.

j La question du droit d'un plaideur d'être entendu par un juge qui comprend la langue choi-

which the litigant has chosen to have the proceedings conducted has been raised directly in a number of lower courts. In *Rural Municipality of De Salaberry v. Robidoux*, Man. Prov. Ct., June 8, 1981 (unreported), the defendants, who live in the predominantly French-speaking community of St-Pierre Jolys southeast of Winnipeg, were charged with the violation of a zoning by-law by piling debris from a demolished church on their property. They were liable to a fine of up to \$1,000 if convicted. They asked for a trial in French pursuant to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. Provincial Court Judge Minuk, who does not speak French, ruled that s. 23 did not entitle the defendants to have a French speaking judge; an interpreter was adequate. While the defendants had the right to choose French the judge and others in the courtroom had the right to choose English.

In *R. v. Mercure*, [1981] 4 W.W.R. 435, the Saskatchewan Provincial Court, interpreting s. 110 of the *North-West Territories Act*, agreed that a French-speaking judge was not required, that the provision of an interpreter was adequate. Provincial Court Judge Deshayé referred to the "authoritative void" in the jurisprudence as to what exactly the litigant's right to use his own language in the courts entailed.

On appeal to the Saskatchewan Court of Appeal, [1986] 2 W.W.R. 1, Bayda C.J. considered whether s. 110 conferred a right on the litigant to use either English or French in the courts of Saskatchewan or merely a power. The distinction was important in his view because, while rights involve correlative duties, powers do not. They involve only liabilities in the sense that persons may be vulnerable to the exercise of the power by the holder of it. The Chief Justice found that it was not necessary in this case to decide whether s. 110 conferred a right or a power although he seems to express a preference for a power. On the assumption, however, that the sec-

sie par ce plaideur comme langue des procédures a été posée directement devant plusieurs cours d'instance inférieure. Dans la décision *Rural Municipality of De Salaberry v. Robidoux*, C. prov. Man., 8 juin 1981 (inérite), les défendeurs, qui habitaient la collectivité principalement francophone de St-Pierre Jolys située au sud-est de Winnipeg, avaient été accusés d'avoir enfreint un règlement de zonage en empilant sur les biens-fonds leur appartenant des débris provenant d'une église démolie. Ils étaient passibles, s'ils étaient déclarés coupables, d'une amende pouvant aller jusqu'à 1 000 \$. Ils ont demandé à subir leur procès en français conformément à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Le juge Minuk de la Cour provinciale, qui ne parle pas français, a décidé que l'art. 23 ne donnait pas aux défendeurs le droit à un juge francophone et qu'un interprète était suffisant. Les défendeurs avaient bien le droit de choisir le français, mais le juge et d'autres personnes dans la salle d'audience avaient le droit de choisir l'anglais.

Dans la décision *R. v. Mercure*, [1981] 4 W.W.R. 435, la Cour provinciale de la Saskatchewan a reconnu, en interprétant l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, qu'il n'était pas nécessaire d'avoir un juge francophone, qu'il suffisait de fournir un interprète. Le juge Deshayé de la Cour provinciale a parlé du «vide» que l'on constate dans la jurisprudence pour ce qui est de savoir ce que comporte exactement le droit des plaideurs d'utiliser leur propre langue devant les tribunaux.

Lors de l'appel interjeté à la Cour d'appel de la Saskatchewan, [1986] 2 W.W.R. 1, le juge en chef Bayda a examiné si l'art. 110 confère au plaideur le droit ou seulement le pouvoir d'utiliser le français ou l'anglais devant les tribunaux de la Saskatchewan. La distinction était importante à son avis car si les droits comportent des obligations corrélatives, ce n'est pas le cas en ce qui concerne les pouvoirs. Ils ne comportent que des responsabilités en ce sens que des personnes peuvent être lésées lorsque le détenteur d'un pouvoir l'exerce. Le Juge en chef a conclu qu'il n'était pas nécessaire en l'espèce de déterminer si l'art. 110 confère un droit ou un pouvoir, même s'il semble pencher

tion confers a right on the litigant the Chief Justice finds some ambiguity as to the precise nature of the right. He says it may be (at p. 20):

1) the right to use either the English or the French language in contradistinction to any other language (e.g. German, Ukrainian, Cree, Chinese, etc.); or 2) the right to use English in contradistinction to French coupled with the equal right to use French in contradistinction to English.

(Emphasis added.)

The Chief Justice concluded that if the first interpretation is correct the State has no duty to provide judicial services in the language chosen by the litigant; it can proceed in either English or French. If, on the other hand, the second interpretation is correct, then the State must provide judicial services in the language chosen by the litigant. If other participants in the proceedings choose the other language, then the Chief Justice says it will only be a partial solution to provide a bilingual judge and bilingual court personnel. Simultaneous translation may have to be provided in both languages for the entire proceedings. Again the Chief Justice finds it unnecessary for purposes of the case to decide which interpretation is the correct one but he expresses a preference for the first interpretation. He concludes that if s. 110 confers a mere power or, in the alternative, if it confers the first kind of right, then the litigant has no right either way to have his trial conducted wholly in French before a French-speaking judge.

Hall J.A. agrees that s. 110 does not require the provision of a French-speaking judge. He does not, however, consider the provision of an interpreter adequate but expresses the view that "having regard to the current state of technology" simultaneous translation into both languages will suffice. Tallis J.A. does not find it necessary to deal with the question whether other participants in the proceedings can use either English or French when the litigant has chosen one of those languages. Cameron J.A. is of the view that the primary concern is that the litigant understand and be

en faveur d'un pouvoir. Toutefois, en supposant que cet article confère un droit au plaideur, le Juge en chef conclut qu'il y a des ambiguïtés quant à la nature précise de ce droit. Selon lui, il se peut que ce soit (à la p. 20):

[TRADUCTION] 1) le droit d'utiliser le français ou l'anglais par rapport à toute autre langue (comme, par exemple, l'allemand, l'ukrainien, le cri, le chinois, etc.); ou 2) le droit d'utiliser le français par rapport à l'anglais, assorti du même droit d'utiliser l'anglais par rapport au français.

(C'est moi qui souligne.)

Le Juge en chef a conclu que si la première interprétation est exacte, l'État n'est alors pas tenu d'offrir des services judiciaires dans la langue choisie par le plaideur et qu'on peut procéder soit en français soit en anglais. Par contre, si la seconde interprétation est exacte, l'État est alors tenu d'offrir des services judiciaires dans la langue choisie par le plaideur. Si d'autres participants aux procédures choisissent une autre langue, alors le Juge en chef affirme que le fait de fournir un juge bilingue et du personnel judiciaire bilingue ne réglerait qu'en partie le problème. Il se peut que l'on doive offrir un service de traduction simultanée dans les deux langues pendant toute la durée des procédures. Encore une fois, le Juge en chef estime qu'il n'est pas nécessaire, aux fins de l'espèce, de déterminer quelle interprétation est exacte, mais il exprime une préférence pour la première. Il conclut que si l'art. 110 ne confère qu'un simple pouvoir ou, subsidiairement, s'il confère le premier type de droit, le plaideur n'a alors en aucune façon le droit de subir son procès entièrement en français devant un juge francophone.

Le juge Hall est d'accord pour dire que l'art. 110 n'exige pas la présence d'un juge francophone. Cependant, il n'estime pas que les services d'un interprète sont suffisants, mais exprime le point de vue que [TRADUCTION] «compte tenu de l'état actuel de la technologie», la traduction simultanée dans les deux langues suffit. Selon le juge Tallis, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si d'autres participants aux procédures peuvent utiliser le français ou l'anglais lorsque le plaideur a choisi l'une de ces langues. Le juge Cameron de la Cour d'appel est d'avis que ce qui

understood and that this can be achieved through accurate and effective translation.

Leave to appeal the decision of the Saskatchewan Court of Appeal to this Court was granted by this Court on January 27, 1986.

In *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454, Halvorson J. of the Court of Queen's Bench of Saskatchewan agrees that s. 110 of the *North-West Territories Act* gives an accused the right to use either English or French but says this does not entitle him to demand a trial entirely in French including a French-speaking judge and prosecutor. He says at p. 461:

The accused's right, as I see it, is to have his case presented in French. The Crown is likewise entitled to present its case in English. Of necessity, translations will be required. I have no doubt that at the accused's hearing a bilingual judge will be provided by the Chief Justice, and there is no reason why bilingual court staff cannot be made available.

In *Paquette v. R. in Right of Canada*, [1985] 6 W.W.R. 594, Sinclair J. of the Court of Queen's Bench of Alberta held that the accused's right under s. 110 of the *North-West Territories Act* to use either English or French at his trial entitled him to a judge who was able to comprehend the French and English languages in both their spoken and written form. It also required the court to make available the services of an interpreter so that other participants in the process such as witnesses and jury members would fully understand the proceedings. Quoting from the reasons of Sinclair J. at p. 629:

In my opinion, if the section is to have meaning the Provincial Judge who will hold the preliminary hearing and the Court of Queen's Bench judge assigned to conduct the trial must be able to comprehend the French language as it is spoken and written. Otherwise, I believe the applicant's right to use the French language in the proceedings will be less than is intended by s. 110. It seems to me that if one person speaks a language to another who is unable to directly understand what is being said, the language is not being used for its fundamental purpose of effective communication.

importe avant tout c'est que le plaideur comprenne et soit compris, ce que peut permettre de réaliser une traduction exacte et rigoureuse.

L'autorisation de pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan a été accordée par cette Cour le 27 janvier 1986.

Dans la décision *R. v. Tremblay* (1985), 20 C.C.C. (3d) 454, le juge Halvorson de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan reconnaît que l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* confère à un accusé le droit d'utiliser le français ou l'anglais, mais il ajoute que cela ne l'habilite pas à exiger que le procès se déroule entièrement en français et que le juge et le substitut du procureur général soient francophones. Il dit à la p. 461:

[TRADUCTION] À mon sens, l'accusé a le droit de présenter sa preuve en français. De même, le ministère public peut présenter la sienne en anglais. Il faudra nécessairement avoir recours à la traduction. Je ne doute pas que le Juge en chef fournira un juge bilingue aux fins de l'audience et rien n'empêche que le personnel de la cour soit aussi bilingue.

Dans la décision *Paquette v. R. in Right of Canada*, [1985] 6 W.W.R. 594, le juge Sinclair de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu que le droit qu'a un accusé, en vertu de l'art. 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, d'utiliser le français ou l'anglais à son procès comporte aussi le droit à un juge capable de comprendre ces deux langues dans leur forme parlée et dans leur forme écrite. Il exige en outre que la cour fournisse un interprète pour que les autres participants aux procédures, tels que les témoins et les jurés, les comprennent parfaitement. Voici un extrait tiré des motifs du juge Sinclair, à la p. 629:

[TRADUCTION] Selon moi, pour que l'article en question ait un sens, le juge de la Cour provinciale qui préside à l'enquête préliminaire ainsi que le juge de la Cour du Banc de la Reine nommé pour diriger le procès doivent être capables de comprendre le français parlé et écrit. J'estime que, dans le cas contraire, le droit du requérant à l'usage du français au cours des procédures sera moindre que ce qui est envisagé par l'art. 110. Il me semble que si quelqu'un s'adresse dans une langue à une autre personne qui est incapable de comprendre directement ce qu'on lui dit, cette langue n'est pas alors utilisée de manière à respecter son but fondamental de communication efficace.

The appellant relies on a recent decision in the Manitoba Courts, *Robin v. Collège de Saint-Boniface* (1984), 28 Man. R. (2d) 301, in which the right of an English speaking judge to preside at a trial intended to be conducted wholly in French was challenged. Hewak J. was assigned by Wilson J. to the trial upon the untimely death of the originally scheduled judge, Deniset J. Hewak J. indicated that he wanted two interpreters to be present at the trial "should he require them". Counsel for the plaintiff concluded from this that he did not fully understand French and that if he sat on the trial the plaintiff would be deprived of his constitutional right under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* to use French in court. He moved for a declaration that Hewak J.'s sitting on the case would constitute a violation of s. 23. The following constitutional question was stated:

Was there non-compliance on the part of the Honourable Mr. Justice Wilson with section 23 of the *Manitoba Act of 1870* which gives to the plaintiff and to the defendant the right to a trial in French with a judge who is entirely conversant with the language in which the trial is to be held?

Hewak J., in dismissing the motion, said at p. 304:

I believe that one of the purposes of s. 23 was and is to accord French and English-speaking persons the right to a full and fair trial by providing them with the right to choose the language they wish to use in court. All that litigants are entitled to, and all that judges can provide, is that the trial be properly and adequately conducted in either French or English. A judge assigned to the case is expected to provide such a full and fair hearing as he would be in any case involving litigants speaking a language other than his mother tongue. He cannot and should not be expected to function according to some undefined French language competency standard, otherwise, who is to decide if that judge is fully competent to hear the case in the French language.

If the assigned judge feels, in a fair and conscientious way, that he is able to understand the evidence in

L'appelante invoque une décision manitobaine récente, *Robin v. Collège de Saint-Boniface* (1984), 28 Man. R. (2d) 301, dans laquelle on a contesté le droit d'un juge anglophone de présider un procès qui devait se dérouler entièrement en français. Le juge Hewak avait été désigné par le juge Wilson pour diriger le procès à la suite du décès prématuré du juge Deniset qui avait initialement été chargé d'instruire l'affaire. Le juge Hewak a fait savoir qu'il tenait à ce que deux interprètes soient présents au procès [TRADUCTION] «au cas où il en aurait besoin». L'avocat du demandeur en a conclu que le juge ne comprenait pas parfaitement le français et que, s'il siégeait au procès, cela porterait atteinte au droit constitutionnel qu'a le demandeur, en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, d'utiliser le français devant les tribunaux. Il a donc sollicité une déclaration portant que l'instruction de l'affaire par le juge Hewak constituerait une violation de l'art. 23. La question constitutionnelle suivante a été formulée:

[TRADUCTION] L'honorable juge Wilson a-t-il omis de se conformer à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* qui reconnaît au demandeur et au défendeur le droit à un procès en français devant un juge qui connaît parfaitement cette langue?

En rejetant la requête, le juge Hewak a affirmé à la p. 304:

[TRADUCTION] À mon avis, l'un des objets de l'art. 23 était et est toujours d'accorder aux francophones et aux anglophones le droit à un procès complet et équitable en les habilitant à choisir la langue qu'ils utiliseront devant la cour. Tout ce à quoi les plaideurs ont droit et tout ce que les juges peuvent leur donner est un procès régulièrement et convenablement dirigé en français ou en anglais. Le juge affecté à l'affaire doit veiller à ce que l'audience soit complète et équitable, tout comme on s'attendrait à ce qu'il le fasse dans n'importe quel cas où des plaideurs parlent une langue autre que sa langue maternelle. On ne peut et on ne doit pas attendre de lui qu'il satisfasse à quelque norme imprécise de connaissance du français, sinon, qui va décider si le juge en question est parfaitement en mesure d'instruire l'affaire en français?

Si le juge désigné s'estime, en toute justice et conscience, capable de comprendre les témoignages en fran-

French and then to give a sensible judgment, then that is all you should expect from him. If he feels on the other hand that he needs the assistance of a translator to accomplish that, then so be it. It does not mean that because he needs a translator, that the language rights of the litigants under s. 23 are being violated or that a fair and impartial trial cannot be provided or a sensible conclusion arrived at.

The Manitoba Court of Appeal on appeal from *Hewak J.* (1984), 30 Man. R. (2d) 50, seems to agree that it is the responsibility of the judge to determine his competence in each case. *O'Sullivan J.A.*, writing for the majority, states at p. 56:

In my opinion, it is essential that a judge who hears a case where French is used must be able to understand the French evidence. To give a fair hearing in accordance with the constitutional rights of a Francophone he must put himself into a position of being able to understand what is said in French. But he need not himself speak French and he need not understand French unaided by a translator. If a judge can understand what is said in French with the help of a translator, I see no reason to think he cannot fairly hear witnesses who speak French.

Monnin C.J.M., dissenting with respect to the acceptability of translation, was also of the view that the decision as to his or her competence should rest with the judge. He states at p. 65:

... the judge alone is capable of declaring that he is linguistically competent. He must do so in fairness to all the parties and keeping in mind the duty of the courts to dispense justice in either English or French.

Monnin C.J.M. expresses the view that there are four phases to the comprehension of a language:

- 1) understanding of the written language;
- 2) understanding of the spoken language;
- 3) the ability to express oneself orally in the language; and
- 4) the ability to write in the language.

He finds that it is not necessary for judges to qualify in the third or fourth phases although it is

çais et puis de rendre un jugement rationnel, on ne doit pas s'attendre à davantage de lui. Si, par contre, il croit avoir besoin de l'aide d'un traducteur pour y arriver, alors qu'il en soit ainsi. Ce n'est pas parce qu'il a besoin d'un traducteur que les plaideurs subiront une atteinte aux droits linguistiques que leur confère l'art. 23 ou que le procès ne sera pas juste et impartial ou que celui-ci n'aboutira pas à une décision rationnelle.

La décision du juge *Hewak* a été portée en appel devant la Cour d'appel du Manitoba (1984), 30 Man. R. (2d) 50. La Cour d'appel semble partager l'avis qu'il incombe au juge de décider de sa compétence dans chaque affaire. Le juge *O'Sullivan*, qui a rédigé les motifs de la majorité, dit, à la p. 56:

[TRADUCTION] À mon avis, il est indispensable qu'un juge qui instruit une affaire où le français est utilisé soit capable de comprendre les témoignages donnés en français. Pour assurer à un francophone un procès équitable qui respecte ses droits constitutionnels, le juge doit s'arranger pour pouvoir comprendre ce qui se dit en français. Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'il parle français lui-même ou qu'il le comprenne sans l'aide d'un traducteur. Si, avec l'assistance d'un traducteur, un juge peut comprendre ce qui se dit en français, je ne vois aucune raison de douter de sa capacité d'entendre d'une manière équitable les témoins qui s'expriment en français.

Le juge en chef *Monnin*, dissident sur la question du caractère acceptable de la traduction, a estimé lui aussi qu'il appartient au juge de décider de sa compétence. À la p. 65, il affirme:

[TRADUCTION] ... seul le juge est en mesure de dire s'il possède la compétence linguistique nécessaire. Il doit le faire de manière équitable pour toutes les parties et en ayant toujours à l'esprit l'obligation qu'ont les cours de rendre justice en français ou en anglais.

Le juge en chef *Monnin* a exprimé l'avis que la connaissance d'une langue comporte quatre niveaux:

- 1) la compréhension de la langue écrite;
- 2) la compréhension de la langue parlée;
- 3) la capacité de s'exprimer oralement dans la langue en question; et
- 4) la capacité d'écrire cette langue.

Selon lui, il n'est pas nécessaire que les juges aient atteint le troisième ou le quatrième niveau, bien

obviously desirable. It is, however, in his view, essential that they qualify in the first two phases. Translation is not good enough. The Chief Justice says at p. 63:

No burden must be put upon those who ask for a trial in French nor should the evidence of witnesses using one or the other of the two constitutionally recognized languages have to be sifted for the trier of facts through the mind and mouth of an interpreter. Any witness who delivers his testimony in either one of these two languages must be understood by the trier of facts in the language which he uses in the courtroom.

The Chief Justice indicates, however, that simultaneous translation may be adequate at the appellate level. The appellant appears to agree that the determination as to a judge's level of understanding of a language must be left to the judge but expressly dissociates itself from the views of the Manitoba courts on the adequacy of translation.

An application for leave to appeal the decision of the Manitoba Court of Appeal to this Court was heard by this Court on March 3, 1986. Judgment on the application is under reserve*.

10. Conclusions

As mentioned at the outset, many questions are subsumed in the constitutional question framed for the Court. On the most simplistic level it may be answered by a simple yes. On the broader question of how the litigant's right under s. 19(2) of the *Charter* may be given practical effect, some aspects of this question are left at counsels' request to another day. However, it seems to me that the appeal cannot be disposed of without answering at least two questions, namely:

- (a) what level of language comprehension must a judge sitting on an appellate process have? and
- (b) how is the question whether he or she has that level of comprehension to be determined?

* The application for leave to appeal was dismissed May 22, 1986.

que, évidemment, cela soit souhaitable. Il a toutefois jugé indispensable qu'ils satisfassent aux deux premiers. La traduction ne suffit tout simplement pas. À la p. 63, le Juge en chef dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Il ne faut imposer aucun fardeau aux personnes qui demandent un procès en français, pas plus que le juge des faits ne devrait avoir à recevoir de seconde main, par l'intermédiaire d'un interprète, des témoignages dans l'une ou l'autre langue reconnue par la Constitution. Quiconque témoigne dans l'une de ces deux langues doit être compris par le juge des faits dans cette même langue.

Le Juge en chef indique toutefois que la traduction simultanée peut suffire devant une cour d'appel. L'appellante semble être d'accord pour dire que c'est le juge lui-même qui doit déterminer son degré de compréhension d'une langue, mais elle se dissocie catégoriquement des opinions exprimées par les cours manitobaines quant au caractère suffisant de la traduction.

Une demande d'autorisation de pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba a été entendue par cette Cour le 3 mars 1986. La décision concernant cette requête est en délibéré*.

10. Conclusions

Comme je l'ai mentionné au départ, un bon nombre de questions sont subsumées dans la question constitutionnelle formulée pour la Cour, à laquelle on peut tout simplement répondre par l'affirmative. Quant à la question plus large de savoir comment on peut donner suite en pratique au droit conféré aux plaideurs par le par. 19(2) de la *Charte*, la réponse à certains aspects de cette question est, à la demande des avocats, reportée à une autre occasion. Toutefois, il me semble qu'il est impossible de statuer sur le pourvoi sans répondre au moins à deux questions, savoir:

- a) quel est le degré de compréhension d'une langue que doit avoir un juge qui siège en appel? et
- b) comment va-t-on déterminer s'il possède ce degré de compréhension?

* La requête en autorisation de pourvoi a été rejetée le 22 mai 1986.

(a) *The Level of Comprehension*

In order to answer the first question it is, I believe, necessary to revert to a question already touched upon, namely whether s. 19(2) affords the litigant something more than the fair hearing rights accorded by ss. 7 and 14. I think that it does.

Section 19(2) is in the part of the *Charter* entitled "Official Languages of Canada" which I have quoted in its entirety at pp. 611-12 of these reasons. Sections 7 and 14, on the other hand, are in the part entitled "Legal Rights" and, as I discussed earlier, the s. 14 right to an interpreter flows from the overall right to be present at one's own trial. According to Brodeur J. in *Veillette*, *supra*, the same concern for natural justice requires that the evidence and the judge's address to the jury be translated where the right to a mixed jury has been exercised by the accused. It seems unlikely therefore that ss. 19(1) and 19(2) were intended to do no more than duplicate the pre- and post-*Charter* entitlement to rudimentary fairness.

The legislative context of s. 19 also, in my view, requires account to be taken of Canada's fundamental commitment to the "equality of status" of the French and English languages as set out in s. 16. At the very least this opening section would appear to provide an interpretative framework for the language provisions which follow. Accordingly, even if we assume that due process considerations in a language context lie at the heart of s. 19, the constitutional minimum required by the section must in some way reflect s. 16's commitment to the equal status of the two official languages.

Going beyond the legislative text it seems to me that the existing jurisprudence on linguistic rights supports the view that the protection afforded by s. 19(2) was responsive to a broader concern than that underlying s. 14. It grew out of our peculiar Canadian heritage and the evolution of our social

a) *Le degré de compréhension*

Pour répondre à la première question, je crois qu'il est nécessaire de revenir à la question, déjà abordée, de savoir si le par. 19(2) accorde au plaideur quelque chose de plus que le droit à un procès équitable que lui reconnaissent les art. 7 et 14. À mon avis, il faut répondre à cette question par l'affirmative.

Le paragraphe 19(2) figure dans la partie de la *Charte* intitulée «Langues officielles du Canada» que je cite intégralement aux pp. 611 et 612 des présents motifs. Les articles 7 et 14, par contre, se trouvent sous la rubrique «Garanties juridiques» et, comme je l'ai souligné antérieurement, le droit à un interprète prévu par l'art. 14 découle du droit général d'être présent à son propre procès. D'après ce que dit le juge Brodeur dans l'arrêt *Veillette*, précité, le même souci d'appliquer les principes de justice naturelle exige la traduction des témoignages et de l'exposé du juge au jury chaque fois que l'accusé a exercé son droit à un jury mixte. Il semble donc peu probable que les par. 19(1) et 19(2) visent simplement à énoncer, sans plus, le droit à l'équité élémentaire qui existait avant l'adoption de la *Charte* et qui a continué d'exister après son adoption.

De plus, le contexte législatif de l'art. 19 nous oblige, selon moi, à prendre en considération l'engagement fondamental du Canada à assurer l'égalité de statut du français et de l'anglais prévue à l'art. 16. Cette disposition introductive semblerait tout au moins fournir un cadre pour l'interprétation des dispositions en matière linguistique qui suivent. Par conséquent, même à supposer que l'art. 19 vise principalement à garantir des procédures équitables sur le plan linguistique, l'exigence minimale posée par cette disposition doit de quelque manière traduire l'engagement, pris à l'art. 16, d'assurer l'égalité de statut des deux langues officielles.

Il me semble qu'au-delà du texte de la loi la jurisprudence existante en matière de droits linguistiques étaye le point de vue selon lequel le droit énoncé au par. 19(2) résulte d'une préoccupation plus générale que celle qui sous-tend l'art. 14. Cette préoccupation est le fruit de notre héri-

and political history. Thus in *Jones, supra*, Laskin C.J. was critical of the appellant's contention that s. 133 exhausts the scope of permitted legislative protection for the use of French and English. Commencing with the *Act of Union* in 1840 he established that such a contention was simply not supported by our history. Similarly, in *Blaikie No. 2* the Court reverted to the customs and conventions of 1774 in order to clarify the impact of s. 133 on Court rules of practice. The message that emerges from the case law on s. 133, it seems to me, is that linguistic rights are a response to the peculiar facts of Canada's history. There is a sociocultural content to those rights which gives them a dimension beyond that of mere due process. The words of this Court in *Reference re Manitoba Language Rights, supra*, come to mind (at p. 744):

The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

History, no doubt, will continue to add a dimension to the social and legal content of these rights. Indeed, the double entrenchment of language rights in the *Charter* and the commitment to linguistic duality in s. 16 would seem to support the view expressed by Professor Tremblay that in terms of importance linguistic rights now stand "at the highest level of the constitutional hierarchy": see André Tremblay, *loc. cit.*, at pp. 445-46.

The difficulty lies in giving a precise formulation of what this qualitative difference means in terms of the court process above and beyond the fair hearing concern which the jurisprudence would seem to indicate can be satisfied by translation. Indeed, it is because of this difficulty that I am limiting my discussion to the requirements at

tage canadien particulier et de l'évolution de notre histoire sociale et politique. Ainsi, dans l'arrêt *Jones*, précité, le juge en chef Laskin critique la prétention de l'appelant portant que l'art. 133 couvre tout le champ de la protection législative permise relativement à l'usage du français et de l'anglais. Prenant pour point de départ l'*Acte d'Union* de 1840, il a démontré que notre histoire n'appuie tout simplement pas cette thèse. De même, dans l'arrêt *Blaikie n° 2*, la Cour a remonté jusqu'aux coutumes et aux conventions de 1774 afin d'élucider l'effet de l'art. 133 sur les règles de pratique des tribunaux. Ce qui se dégage de la jurisprudence portant sur l'art. 133, me semble-t-il, est que les droits linguistiques constituent une réaction aux particularités historiques du Canada. Ces droits ont un contenu socio-culturel qui leur fait transcender les simples considérations liées au principe de l'équité dans les procédures. À cet égard, les propos tenus par cette Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, viennent à l'esprit (à la p. 744):

L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

L'histoire continuera sans doute à donner de l'ampleur au contenu social et juridique de ces droits. En fait, le double enchâssement des droits linguistiques dans la *Charte* ainsi que la dualité linguistique prévue par l'art. 16 sembleraient appuyer le point de vue du professeur Tremblay selon lequel les droits linguistiques sont maintenant à ce point importants qu'ils se situent «au niveau le plus élevé de la hiérarchie constitutionnelle»: voir André Tremblay, *loc. cit.*, à la p. 563.

La difficulté consiste à exprimer avec exactitude comment au-delà de l'exigence d'un procès équitable qui, d'après la jurisprudence, peut être remplie par la traduction, cette différence qualitative se manifestera dans les procédures judiciaires. C'est précisément en raison de cette difficulté que je restreins la portée de mon analyse aux exigences

the appellate level, leaving the more problematic issue of the requirements at the trial level to another day.

It seems to me that given the commitment to linguistic duality contained in s. 16 of the *Charter* and the principle of growth implied by that commitment, the Court's process cannot be perceived as static. What may be adequate to-day in terms of protection for the litigant's right under s. 19(2) may not be adequate tomorrow. The last few decades have witnessed a concentrated and broadly based effort to give practical effect to language rights. The passage of Official Languages Acts has heightened the sensitivity of public officials and raised the expectations of the Canadian public with regard to the provision of government services in both official languages in the federal and in certain provincial jurisdictions. As Monnin C.J.M. pointed out in his dissent in *Collège de Saint-Boniface*, the federal government has taken concrete steps towards the creation of a bilingual judiciary both through its judicial appointments and its provision of training in the French language for those who are unilingual. We are looking at a process which will call for a progressively expansive interpretation of the litigant's right under s. 19(2) to meet gradually increasing social expectations. Clearly the courts cannot define *in futuro* what is going to be required from time to time to satisfy the litigant's language right but they can determine *ex post facto* whether or not it was satisfied in a particular case and this is what the Court must decide here. It must decide what, as a practical matter, the state was called upon to do at this point in time in order to accommodate the appellant's language right under s. 19(2) of the *Charter*.

The obvious intention of the framers of the *Charter* to constitutionalize linguistic duality in New Brunswick is evident in ss. 16(2), 18(2) and 20(2) as well as s. 19(2). Section 20(2), when compared with s. 20(1), may be seen as indicating greater expectations for achieving the goal of bilingualism in the public service of New Brunswick

qui peuvent exister au palier d'appel. Quant à la question plus délicate des exigences en première instance, je ne l'aborde pas ici.

^a Il me semble que, compte tenu de la dualité linguistique prévue à l'art. 16 de la *Charte* et du principe de développement qui en découle, la procédure des cours ne saurait être considérée comme statique. Ce qui peut être suffisant aujourd'hui pour protéger le droit que le par. 19(2) reconnaît aux plaideurs ne le sera pas nécessairement demain. Au cours des dernières décennies, on a été témoin d'un effort soutenu et de grande envergure en vue de donner un effet pratique aux droits linguistiques. L'adoption de lois sur les langues officielles a intensifié la sensibilisation des fonctionnaires publics et, en même temps, a accru les attentes des Canadiens pour ce qui est de la fourniture de services gouvernementaux dans les deux langues officielles non seulement au niveau fédéral mais aussi dans certaines provinces. Comme l'a souligné le juge en chef Monnin dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Collège de Saint-Boniface*, le gouvernement fédéral a pris des mesures concrètes en vue de créer un système judiciaire bilingue, en nommant des juges en fonction de ce but et en offrant des cours de français aux juges unilingues. Il s'agit donc d'un processus qui, devant un public de plus en plus exigeant dans ce domaine, entraînera inévitablement une interprétation de plus en plus large des droits conférés aux plaideurs par le par. 19(2). Évidemment, les tribunaux ne peuvent définir ce que nécessitera dans l'avenir le respect des droits linguistiques des plaideurs, mais ils peuvent déterminer *ex post facto* si, dans un cas donné, il y a eu violation de ces droits, et c'est ce que cette Cour doit faire en l'espèce. Elle doit déterminer, en pratique, ce que l'État doit faire à ce moment-ci pour que soient respectés les droits linguistiques que confère à l'appelante le par. 19(2) de la *Charte*.

ⁱ Les paragraphes 16(2), 18(2) et 20(2) ainsi que le par. 19(2) révèlent clairement l'intention des rédacteurs de la *Charte* de consacrer dans la Constitution la dualité linguistique du Nouveau-Brunswick. Il ressort d'une comparaison du par. 20(2) avec le par. 20(1) que les attentes, pour ce qui est de la réalisation de l'objet de bilinguisme dans la

than has been achieved in the federal public service generally. In addition, some of the materials submitted by counsel indicate that some of the expectations in New Brunswick with regard to the exercise of language rights in the court structure are not currently being met. The report to the New Brunswick Barristers Society discloses this as does also the report prepared for the New Brunswick government in 1982, *Towards Equality of the Official Languages in New Brunswick*. These documents provide vital demographic data, a description of current facilities and a useful insight into local attitudes towards the present level of implementation of language rights in the Province. Although both reports recommend that the Court of Appeal include among its members at least three bilingual judges, their main criticism is directed to the trial process and the inadequacy of translation as an aid to comprehension in that context. Neither report explains what is envisioned by the use of the term "bilingual". *Towards Equality of the Official Languages in New Brunswick* uses the term "genuinely bilingual" at p. 324 to describe the only valid alternative to translation at trial but goes on to suggest that a two-year training program should be sufficient to bring a judge's abilities up to the requisite level. Later at p. 325 the report seems to take the same position as Monnin C.J.M. that direct comprehension by court personnel is an acceptable minimum at trial. Neither report discusses in any depth the manner in which an appellate bench which is not fully bilingual "truncates" (*Blaikie No. 1*) a litigant's linguistic right or "places" a litigant "at a disadvantage" (s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act*).

The affidavits of Léon Richard and D. Leslie Smith both deal with Stratton J.A.'s facility in the French language but only by way of asserting

fonction publique du Nouveau-Brunswick, sont plus importantes que ce qui a été réalisé de façon générale dans la fonction publique fédérale. En outre, certains des documents présentés par les avocats indiquent qu'au Nouveau-Brunswick on ne répond pas actuellement à certaines attentes en matière d'exercice des droits linguistiques devant les tribunaux. C'est ce que révèlent le rapport remis à l'Association des avocats du Nouveau-Brunswick ainsi que le rapport intitulé *Vers l'égalité des langues officielles au Nouveau-Brunswick*, préparé en 1982 pour le gouvernement du Nouveau-Brunswick. Ces documents contiennent des statistiques démographiques et une description des services actuels. De plus, ils nous éclairent sur les opinions locales quant à la mesure dans laquelle on donne suite en ce moment aux droits linguistiques dans la province. Quoique les deux rapports recommandent que la Cour d'appel comprenne au moins trois juges bilingues, les critiques qui y sont formulées portent principalement sur les procédures de première instance et l'insuffisance de la traduction pour faciliter la compréhension dans ce contexte. Ni l'un ni l'autre rapport ne précise ce qu'il faut entendre par «bilingue». *Vers l'égalité des langues officielles au Nouveau-Brunswick* emploie, à la p. 332, l'expression «effectivement bilingue» pour décrire la seule solution valable pour remplacer la traduction en première instance. On ajoute toutefois qu'un programme de formation d'une durée de deux ans devrait suffire pour amener au niveau requis la compétence linguistique d'un juge. Puis, plus loin à la p. 333, le rapport semble adopter la même position que le juge en chef Monnin, savoir qu'en première instance il peut suffire que le personnel de la cour soit en mesure de comprendre directement la langue des procédures. Ni l'un ni l'autre rapport ne traite en profondeur la manière dont les droits linguistiques d'un plaideur peuvent être tronqués (l'arrêt *Blaikie n° 1*) ou celle dont ce plaideur peut être «défavorisé» (par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*), si les juges composant une formation de la Cour d'appel ne sont pas tous parfaitement bilingues.

Les affidavits de Léon Richard et de D. Leslie Smith portent tous les deux sur la connaissance qu'avait le juge Stratton du français, mais ils ne

either the insufficiency or the sufficiency of his comprehension. Richard, for the appellant Society, recounts counsel's distress because Stratton J.A. was unable to understand the written material submitted to him. Presumably, because official translators for written documents are provided under the New Brunswick scheme (see: *Official Languages (Documents) Regulation*, (N.B.) Reg. 76-47), what is challenged here is Stratton J.A.'s assessment of his need or rather lack of need for translation. Richard also maintains that Stratton J.A. could neither communicate orally in French with French speaking counsel nor follow the course of oral argument in French. D. Leslie Smith, for the respondent Association, asserts that Stratton J.A. gave no indication that he was unable to deal with written submissions in French and maintains that his comments on argument presented orally in French demonstrated that he had followed and understood that argument.

These two affidavits serve to clarify the area of controversy in this case. They also illustrate the usefulness of Monnin C.J.M.'s analysis in *Robin v. Collège de Saint-Boniface*, *supra*, of linguistic ability into four phases which, if nothing else, provides an intelligible means of describing an appropriate level of proficiency. Monnin C.J.M. suggests that judges currently should be required to understand the written and spoken language but not necessarily to speak or write it. Léon Richard, by attesting to Stratton J.A.'s inability to communicate, seems to be of the opinion that a judge must have attained at least three of Monnin C.J.M.'s levels of proficiency while Smith, in line with Monnin C.J.M.'s view, implies that proficiency at the first two levels is sufficient.

It seems to me that the question of whether Stratton J.A. could follow and comprehend French

font qu'affirmer soit l'insuffisance soit le caractère suffisant de sa compréhension de cette langue. Richard, au nom de la Société appelante, raconte la consternation de l'avocat devant l'incapacité du juge Stratton de comprendre les documents qui lui avaient été soumis. Puisque, dans le système judiciaire du Nouveau-Brunswick, on fournit des traducteurs officiels qui s'occupent de la traduction des documents (voir: *Règlement sur les langues officielles (traduction de documents)*, Règl. du N.-B. 76-47), ce qu'on conteste vraisemblablement ici est la décision du juge Stratton quant à la nécessité ou plutôt la non-nécessité de recourir à la traduction dans son cas. Richard soutient en outre que le juge Stratton ne pouvait ni communiquer oralement en français avec les avocats francophones ni suivre les plaidoiries orales en français. D. Leslie Smith, au nom de l'Association intimée, affirme que rien ne permettait de croire que le juge Stratton ne comprenait pas les documents rédigés en français et prétend que les observations du juge sur les arguments présentés oralement en français révélaient qu'ils les avaient suivis et compris.

Ces deux affidavits permettent de circonscrire la controverse en l'espèce. Ils illustrent en outre l'utilité des quatre niveaux de capacité linguistique énumérés par le juge en chef Monnin dans l'arrêt *Robin v. Collège de Saint-Boniface*, précité, éléments qui, à tout le moins, fournissent un moyen intelligible de décrire un niveau approprié de compétence linguistique. Le juge en chef Monnin laisse entendre qu'il faudrait exiger des juges à l'heure actuelle qu'ils comprennent la langue écrite et la langue parlée, mais non pas nécessairement qu'ils soient capables de parler ou d'écrire dans la langue en question. En attestant l'incapacité du juge Stratton de communiquer en français, Léon Richard semble estimer qu'un juge doit avoir atteint au moins trois des niveaux de compétence énumérés par le juge en chef Monnin, tandis que Smith, conformément à l'opinion exprimée par le juge en chef Monnin, laisse entendre qu'il suffit d'avoir atteint les deux premiers niveaux de compétence.

Il me semble que la question de savoir si le juge Stratton pouvait, dans la mesure requise par le par.

argument to the level required by s. 19(2) again goes to the issue of the manner of assessing the judge's language competence. As stated earlier, I think it is clearly established by the pre-eminent position of language rights in the *Charter* and their sociocultural content that, at the very least, the standard against which the judge's level of comprehension should be measured goes beyond that required by fairness. However, as pointed out by the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism (*Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Book I, *The Official Languages*, at pp. 6-8) individual bilingualism is a relative and not an absolute concept. The Commission states at pp. 6-7:

8. One of the greatest obstacles to understanding the nature of bilingualism—and probably to accepting it—is the still commonly-held notion that, to be bilingual, a person must have an equal command of two languages. In fact, this phenomenon is so distinct as to have a special name, “equilingualism”.

9. Insistence on an equal command of two languages as the criterion of bilingualism has long retarded research in this field. In recent years, however, the concept of bilingualism has become broader. It is now no longer identified with equilingualism, which some consider to be theoretically and practically impossible; for they believe that a bilingual's language learning experience would have to be identical in both languages in order to produce identical results.

The Commission then goes on to differentiate “receptive bilinguals” *i.e.* those who can receive communications in both languages through the written and spoken word but can express themselves in only one language; those who can function in both languages but have a lower level of proficiency in one or in both from unilingual persons; and those who are bilingual only in the particular area of their life's experience. All may be described as bilingual in some contexts and for some purposes.

Accepting that the concept of bilingualism is relative and not absolute and that it must be related to function and purpose, I would conclude

19(2), suivre et comprendre les arguments présentés en français, dépend elle aussi de la façon d'évaluer la compétence linguistique du juge. Comme je l'ai déjà dit, j'estime qu'il résulte manifestement de la situation prédominante des droits linguistiques dans la *Charte* et de leur contenu socio-culturel que, tout au moins, le critère qui doit servir à déterminer le degré de compréhension d'un juge va plus loin que celui qu'exige l'équité. Toutefois, comme l'a souligné la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme (*Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Livre I, *Les langues officielles*, aux pp. 6 à 8), le bilinguisme des individus est relatif et non pas absolu. La Commission affirme aux pp. 6 et 7:

8. On croit encore communément qu'être bilingue, c'est posséder une égale connaissance de deux langues: c'est là un des principaux obstacles à la compréhension du bilinguisme, et probablement à son acceptation. Or, cette égale connaissance est un phénomène si particulier que pour le désigner on a créé un terme: «équilinguisme».

9. L'importance attachée à une égale maîtrise des deux langues comme critère du bilinguisme a longtemps retardé la recherche sur le sujet. Elle a fait place, ces dernières années, à une conception plus large du bilinguisme. On ne l'assimile plus à l'équilinguisme, que certains estiment impossible, en théorie et dans la pratique; car ils considèrent que, pour atteindre à des résultats identiques dans les deux langues, il faudrait que l'expérience totale de ces bilingues dans les deux langues fût identique.

La Commission fait ensuite la différence entre les «bilingues passifs», c'est-à-dire ceux qui peuvent percevoir dans les deux langues, au moyen de la langue écrite ou parlée, mais qui ne peuvent s'exprimer que dans une seule langue; ceux qui peuvent fonctionner dans les deux langues, mais qui, dans l'une ou l'autre de ces langues ou les deux à la fois, ont un niveau de compétence moindre que les personnes unilingues, et ceux qui ne sont bilingues que du fait de leur milieu. Tous peuvent être décrits comme bilingues dans certains contextes et à certaines fins.

Acceptant que le bilinguisme est relatif et non absolu et qu'il doit être lié aux fonctions et à l'objet, je suis d'avis de conclure que le degré de

that the judge's level of comprehension must go beyond a mere literal understanding of the language used by counsel. It must be such that the full flavour of the argument can be appreciated. To the extent that this requires what Monnin C.J.M. describes as a comprehension of the nuances of the spoken word, I would agree with him that a judge must attain that level of sophistication in order to make the litigant's linguistic right meaningful in the context of the court's process. I do not think, however, that the content of s. 19(2) can be expanded beyond this at the present time. Furthermore, I believe that in the absence of evidence to the contrary, we must assume that Stratton J.A. applied this standard to himself and concluded that he met it. However, as mentioned earlier, because the content of the litigant's right is not static, the standard to be met by the judiciary must be subject to continuous scrutiny.

While there was little discussion in this case of the acceptability of either simultaneous translation or the practice mentioned in *Towards Equality of the Official Languages in New Brunswick* at p. 320 of taking a bilingual judge from the trial division to sit *ad hoc* on the appellate bench, it would seem to me that such mechanisms might, from the purely language point of view, provide a more satisfactory interim measure than reliance on a judge who cannot fully participate in the proceedings. However, there may be other disadvantages to the use of trial judges sitting *ad hoc* on appeal. Counsel and the public may be concerned over the fact that appellate adjudication is significantly different from trial adjudication. They may also be under the misguided impression that trial judges will inevitably be disposed to favour the views of their colleagues in the courts below.

Simultaneous translation, which if conscientiously used allows some sort of interchange between the bench and counsel, may be a preferable solution to the need for a fully responsive bench. A judge in Stratton J.A.'s position could perhaps solve some of the problems arising from his or her

compréhension d'un juge doit aller plus loin que la simple compréhension littérale de la langue utilisée par l'avocat. Il doit être en mesure d'apprécier tout le sens d'un argument. Dans la mesure où cela exige ce que le juge en chef Monnin décrit comme la compréhension des nuances de la langue parlée, je suis d'accord avec lui pour dire qu'un juge doit atteindre ce niveau de perfectionnement pour que les droits linguistiques d'un plaideur aient un sens dans le cadre de procédures judiciaires. Cependant, je ne crois pas que l'on puisse, pour le moment, élargir davantage le contenu du par. 19(2). De plus, j'estime qu'en l'absence d'éléments de preuve contraires, nous devons présumer que le juge Stratton a appliqué ce critère à son propre cas pour conclure qu'il y satisfaisait. Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, du fait que le contenu du droit des plaideurs n'est pas statique, le critère auquel les juges doivent satisfaire doit être révisé constamment.

Même si, en l'espèce, on a peu débattu la question du caractère acceptable soit de la traduction simultanée soit de la pratique mentionnée dans *Vers l'égalité des langues officielles au Nouveau-Brunswick*, à la p. 328, qui consiste à nommer un juge bilingue de la division de première instance pour siéger à titre de juge *ad hoc* de la cour d'appel, il me semblerait que, du point de vue purement linguistique, ce genre de mesure provisoire est préférable au recours à un juge qui ne peut participer pleinement aux procédures. En revanche, la nomination de juges de première instance pour siéger *ad hoc* en appel risque d'entraîner d'autres inconvénients. Les avocats et le public pourraient s'inquiéter du fait que le processus décisionnel d'appel est sensiblement différent de celui de première instance. De surcroît, ils pourraient avoir, à tort, l'impression que les juges de première instance seront inévitablement enclins à favoriser les opinions de leurs collègues des cours d'instance inférieure.

La traduction simultanée, dont l'usage conscientieux permet une forme d'échanges entre les juges et les avocats, peut offrir une meilleure solution au problème de la nécessité d'avoir des juges capables de participer pleinement aux débats. Un juge qui se trouve dans la situation du juge Stratton pour-

inability to converse in the language by inviting counsel to use the translation service to receive questions in English to which he might respond in French. Ultimately, however, any such measures can only be viewed as inadequate substitutes for true equality. It is evident that linguistic duality has a crucial role to play in social and cultural development in New Brunswick and that heightened public expectations with regard to that role are reflected in the *Charter* as well as in provincial legislative attempts to expand and protect the exercise of language rights. Against this backdrop, the inequality of status of a litigant who must present his or her case to a bench that is not fully able to respond must eventually give way to the escalating standard in s. 16(1) and (2).

The appellant argued additionally that s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act* supports their claim that French speaking litigants in New Brunswick have the right to be heard in the language of their choice and not to be disadvantaged by that choice. Again the same comments apply. Even if one assumes that "heard" and "disadvantage" in this context envision more than the requirements of fairness, I do not think that an examination of the statute as a whole supports the formulation of a standard higher than that found in s. 19(2) of the *Charter*. I have set out here for convenience the relevant provisions of the New Brunswick statute:

2 Subject to this Act, the English and French languages

(a) are the official languages of New Brunswick for all purposes to which the authority of the Legislature of New Brunswick extends, and

(b) possess and enjoy equality of status and equal rights and privileges as to their use for such purposes.

2 Sous toutes réserves prévues par la présente loi, l'anglais et le français

a) sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick pour toutes les fins relevant de la compétence de la Législature du Nouveau-Brunswick, et

b) bénéficient d'un statut équivalent de droit et de privilège, lorsqu'ils sont employés aux fins visées à l'alinéa a).

rait peut-être résoudre certaines des difficultés découlant de son incapacité de s'exprimer en français en demandant à l'avocat de recourir au service de traduction, ce qui permettrait de poser à l'avocat des questions en anglais auxquelles il pourrait répondre en français. En dernière analyse, toutefois, aucune mesure de ce genre ne vaut l'égalité véritable. Il est évident que la dualité linguistique joue un rôle capital dans le développement socio-culturel du Nouveau-Brunswick et que les attentes accrues du public en ce qui concerne ce rôle se reflètent aussi bien dans la *Charte* que dans les tentatives du législateur provincial d'étendre et de protéger l'exercice des droits linguistiques. Dans ce contexte, la situation d'inégalité dans laquelle se trouve un plaideur qui doit s'adresser à une formation de juges qui ne sont pas tous pleinement en mesure de répondre ne pourra durer indéfiniment d face à la norme de plus en plus sévère des par. 16(1) et (2).

L'appelante fait valoir en outre que le par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* étaye leur argument selon lequel, au Nouveau-Brunswick, les plaideurs francophones ont le droit de se faire entendre dans la langue de leur choix et de ne pas être défavorisés en raison de ce choix. Encore là, les mêmes observations s'appliquent. Même à supposer que, dans ce contexte, les expressions «être entendue» et «être défavorisée» emportent davantage que les exigences de l'équité, j'estime que la Loi dans son ensemble ne justifie aucunement la formulation d'une norme plus sévère que celle énoncée au par. 19(2) de la *Charte*. Je reproduis ici par souci de commodité les dispositions pertinentes de la loi du Nouveau-Brunswick:

2 Subject to this Act, the English and French languages

(a) are the official languages of New Brunswick for all purposes to which the authority of the Legislature of New Brunswick extends, and

(b) possess and enjoy equality of status and equal rights and privileges as to their use for such purposes.

2 Sous toutes réserves prévues par la présente loi, l'anglais et le français

a) sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick pour toutes les fins relevant de la compétence de la Législature du Nouveau-Brunswick, et

b) bénéficient d'un statut équivalent de droit et de privilège, lorsqu'ils sont employés aux fins visées à l'alinéa a).

13(1) Subject to section 15, in any proceeding before a court, any person appearing or giving evidence may be heard in the official language of his choice and such choice is not to place that person at any disadvantage.

13(1.1) Subject to subsection (1), a person accused of an offence under an Act or a regulation of the Province, or a municipal by-law, has the right to have the proceedings conducted in the official language of his choice, and he shall be advised of the right by the presiding judge before his plea is taken.

15(1) Where

- (a) warranted by reason of a number of persons involved,
- (b) the spirit of this Act so requires, or
- (c) it is deemed necessary to so provide for the orderly implementation of this Act,

the Lieutenant-Governor in Council may make regulations determining the application of sections 8, 9 and 10.

15(2) The Lieutenant-Governor in Council may make regulations governing the procedure in proceedings before any court, including regulations respecting the giving of notice as he deems necessary to enable the court to exercise or carry out any power or duty conferred or imposed upon it by section 13.

The declaration of status in s. 2 is in a sense less restrictive than that found in the *Charter* in that it seems referable to any and all constitutionally valid purposes rather than to usage within certain institutions. However, the specificity of the subsequent provisions and the fact that they appear in a statutory rather than constitutional document belies the notion that s. 2 is meant to have immediate effect. Of particular note is the qualification based on numbers and the requirement of orderly implementation of the Act contained in s. 15(1).

13 (1) Sous réserve de l'article 15, dans toute procédure devant un tribunal, toute personne qui comparait ou témoigne peut être entendue dans la langue officielle de son choix et ne doit être, en fait, nullement défavorisée en raison de ce choix.

13 (1.1) Sous réserve du paragraphe (1), une personne accusée d'une infraction à une loi ou à un règlement de la province, ou à un arrêté municipal, a droit au déroulement des procédures dans la langue officielle de son choix, et elle doit être informée de ce droit par le juge qui préside au procès avant d'enregistrer son plaidoyer.

15 (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut,

- a) si le nombre de personnes en cause le justifie,
- b) si l'esprit de la présente loi l'exige, ou
- c) s'il est jugé nécessaire de le faire pour assurer la bonne application de la présente loi,

édicter des règlements précisant l'application des articles 8, 9 et 10.

15 (2) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut établir des règlements régissant les procédures engagées devant tout tribunal, y compris les règlements relatifs aux notifications qu'il estime nécessaires pour permettre au tribunal d'exercer toute fonction ou pouvoir qui lui est conféré ou imposé par l'article 13.

13(1) Subject to section 15, in any proceeding before a court, any person appearing or giving evidence may be heard in the official language of his choice and such choice is not to place that person at any disadvantage.

13(1.1) Subject to subsection (1), a person accused of an offence under an Act or a municipal by-law, has the right to have the proceedings conducted in the official language of his choice, and he shall be advised of the right by the presiding judge before his plea is taken.

15(1) Where

- (a) warranted by reason of a number of persons involved,
- (b) the spirit of this Act so requires, or
- (c) it is deemed necessary to so provide for the orderly implementation of this Act,

the Lieutenant-Governor in Council may make regulations determining the application of sections 8, 9 and 10.

15(2) The Lieutenant-Governor in Council may make regulations governing the procedure in proceedings before any court, including regulations respecting the giving of notice as he deems necessary to enable the court to exercise or carry out any power or duty conferred or imposed upon it by section 13.

La déclaration de statut à l'art. 2 est en quelque sorte moins restrictive que celle de la *Charte* en ce sens qu'elle semble se rapporter à n'importe quel objet constitutionnellement valide plutôt qu'à l'usage des langues officielles au sein de certains organismes. Cependant, la nature spécifique des dispositions qui suivent et le fait qu'elles figurent dans un document légal plutôt que constitutionnel viennent démentir l'idée que l'art. 2 est censé prendre effet immédiatement. La restriction fondée sur le nombre de personnes en cause et sur

13 (1) Sous réserve de l'article 15, dans toute procédure devant un tribunal, toute personne qui comparait ou témoigne peut être entendue dans la langue officielle de son choix et ne doit être, en fait, nullement défavorisée en raison de ce choix.

13 (1.1) Sous réserve du paragraphe (1), une personne accusée d'une infraction à une loi ou à un règlement de la province, ou à un arrêté municipal, a droit au déroulement des procédures dans la langue officielle de son choix, et elle doit être informée de ce droit par le juge qui préside au procès avant d'enregistrer son plaidoyer.

15 (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut,

- a) si le nombre de personnes en cause le justifie,
- b) si l'esprit de la présente loi l'exige, ou
- c) s'il est jugé nécessaire de le faire pour assurer la bonne application de la présente loi,

édicter des règlements précisant l'application des articles 8, 9 et 10.

15 (2) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut établir des règlements régissant les procédures engagées devant tout tribunal, y compris les règlements relatifs aux notifications qu'il estime nécessaires pour permettre au tribunal d'exercer toute fonction ou pouvoir qui lui est conféré ou imposé par l'article 13.

This seems to parallel the qualification imposed in s. 20 of the *Charter*. The same qualification applied to the right contained in s. 13(1) but was removed by an amendment to the statute in 1975. In 1982 s. 13(1.1) was added to give an accused person the right to have the proceedings conducted in the official language of his or her choice. Section 13(1) read in this context clearly gives a lesser right than s. 13(1.1) and thus falls short of the s. 2 ideal. It does, however, contain the prohibition against disadvantage relied on by the appellant.

The disadvantage spoken of here, like the right itself, must reflect the declaration in s. 2. Accordingly, it may be said to be self-evident that a litigant who appears before a bench, one of whose members is unable to pursue a point raised in argument, is in a disadvantaged or unequal position *vis-à-vis* other litigants who can communicate directly with the entire bench. Perhaps it is this discrepancy in status which underlies Léon Richard's conviction that a judge must be proficient at three of Monnin C.J.M.'s levels of language ability. It seems to me, however, that in order to take advantage of the protection afforded by s. 13(1) the appellant must not only assert the disadvantage, it must establish it. No evidence was adduced to demonstrate that the appellant was disadvantaged in this case. Furthermore, the provision would seem to invite some evidence as to the alternatives which were available, such as simultaneous translation or the substitution of a bilingual trial judge, which could have been resorted to in order to mitigate the alleged disadvantage. In summary, I am unable to find in the present case that the appellant has been denied a "hearing" or has established that it suffered a "disadvantage" under s. 13(1) of the *Official Languages of New Brunswick Act*.

(b) *Assessment of Comprehension*

I expressed the view earlier in these reasons that, in the absence of a system of testing, a judge

l'exigence de la bonne application de la Loi, que l'on trouve au par. 15(1), revêt une importance particulière. Elle semble équivaloir à celle imposée à l'art. 20 de la *Charte*. La même restriction s'appliquait au droit énoncé au par. 13(1), mais a été supprimée par voie de modification de la Loi en 1975. En 1982, le par. 13(1.1) a été ajouté de manière à conférer à une personne accusée le droit au déroulement des procédures dans la langue officielle de son choix. Pris dans ce contexte, le par. 13(1) confère nettement un droit plus limité que le par. 13(1.1) et est ainsi loin de correspondre à l'idéal de l'art. 2. Cependant, il énonce l'interdiction de défavoriser invoquée par l'appelante.

Le désavantage dont on parle ici, tout comme le droit lui-même, doit être considéré en fonction de la déclaration contenue à l'art. 2. Par conséquent, on peut dire qu'il est évident en soi que le plaideur qui comparait devant une formation de juges dont l'un est incapable d'approfondir un point soulevé au cours des débats, est défavorisé ou dans une situation d'inégalité par rapport à d'autres plaideurs qui peuvent communiquer directement avec tous les juges constituant la formation. C'est peut-être cette différence de statut qui est à la base de la conviction de Léon Richard qu'un juge doit avoir atteint trois des niveaux de compétence linguistique mentionnés par le juge en chef Monnin. Toutefois, il me semble que, pour se prévaloir de la protection offerte par le par. 13(1), l'appelante doit non seulement alléguer qu'elle a été défavorisée, mais encore elle doit le prouver. On n'a soumis aucun élément de preuve que l'appelante a été défavorisée en l'espèce. De plus, la disposition semble inviter à fournir des éléments de preuve quant aux autres solutions possibles, telles que la traduction simultanée ou le remplacement par un juge de première instance bilingue, auxquelles on aurait pu recourir pour atténuer le prétendu désavantage. En résumé, je suis incapable de conclure en l'espèce que l'appelante n'a pas été «entendue» ou qu'elle a prouvé avoir été «défavorisée» au sens du par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*.

b) *Évaluation de la compréhension*

J'ai déjà exprimé l'avis dans les présents motifs qu'en l'absence d'un système de tests les juges

must be the arbiter of his or her own level of comprehension and must determine that level in as an objective a manner and with as much good faith as possible. Such a determination can of course be challenged but, as already mentioned, only on the basis of proof. It follows also from what I have said about Canada's commitment to the principle of linguistic duality that the judge in making his or her assessment from time to time must apply an escalating standard commensurate with the evolution of social expectations. Only in this way can meaningful effect be given to the principle of growth contained in s. 16. At a certain point, for example, the steps taken to upgrade the bilingual capabilities of the federal judiciary will lead the public to expect access to a bilingually competent court. Those expectations would then be not only legitimate but also the subject of constitutional protection under ss. 16 and 19.

11. Disposition of the Appeal

I would dismiss the appeal with costs. I would answer the constitutional question as follows:

Question: Does s. 19(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* entitle a party pleading in a court of New Brunswick to be heard by a court, the member or members of which are capable of understanding the proceedings, the evidence and the arguments, written and oral, regardless of the official language used by the parties?

Answer: Yes.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Charest, Bourque & Cyr, Edmundston.

Solicitors for the respondent: Duffie, Friel & Godbout, Grand Falls.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

doivent décider eux-mêmes de leur niveau de compréhension, et ce, de la manière la plus objective possible et avec autant de bonne foi que possible. Une telle décision peut évidemment être contestée, mais, je le répète, seulement si l'on produit des éléments de preuve à l'appui. Il résulte également de mes observations quant à l'engagement du Canada à l'égard du principe de la dualité linguistique que les juges doivent, chaque fois qu'ils s'évaluent, appliquer une norme plus sévère qui tienne compte de l'évolution des attentes de la collectivité. C'est le seul moyen par lequel on puisse réellement donner effet au principe de développement qui se dégage de l'art. 16. Le moment viendra, par exemple, où, par suite des mesures prises pour rendre les tribunaux fédéraux plus bilingues, le public s'attendra à avoir accès à une cour compétente dans les deux langues officielles. Ces attentes seraient alors non seulement légitimes, mais elles feraient aussi l'objet d'une protection constitutionnelle en vertu des art. 16 et 19.

11. Décision

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Voici ma réponse à la question constitutionnelle:

Question: Le paragraphe 19(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère-t-il à une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties?

Réponse: Oui.

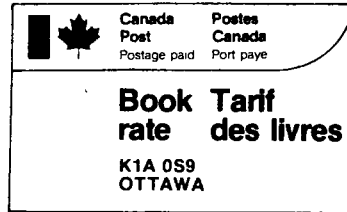
Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Charest, Bourque & Cyr, Edmundston.

Procureurs de l'intimée: Duffie, Friel & Godbout, Grand-Sault.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à*
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1986 Vol. 1

5^e cahier, 1986 Vol. 1

Cited as [1986] 1 S.C.R. 649-862

Renvoi [1986] 1 R.C.S. 649-862

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, B.A., LL.B.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI
Supervisor, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1986.

CONTENTS

Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal et al. 732

Expropriation — Crown — Discontinuance — Temporal application of the law — Discontinuance pursuant to rules of Code of Civil Procedure though Expropriation Act had come into effect — Whether new Expropriation Act applicable to expropriation by Crown before it came into effect — No vested right in unilateral discontinuance — Expropriation Act, R.S.Q. 1977, c. E-24, s. 55 (formerly Expropriation Act, 1973 (Que.), c. 38, s. 54) — Code of Civil Procedure, art. 797.

Boucher v. The Queen 750

Criminal law — Sentencing — Use of firearm during commission of offence — Whether penalties imposed under s. 83 of the Criminal Code to be served consecutively — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 83.

Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada 678

Unemployment insurance — Deduction and payment of premiums — Tips received by employer and paid to employees pursuant to agreement — Whether such tips should be taken into consideration in calculating unemployment insurance premiums payable by employer — Meaning of the expression "insurable earnings" — Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48 as amended, ss. 66, 68.

Dube v. Labar 649

Torts — Negligence — *Volenti non fit injuria* — Passenger riding in car driven by driver known by him to have been drinking — Injuries sustained in accident — Whether or not defence of *volenti non fit injuria* available.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, B.A., LL.B.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêviste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur
RICHARD BERBERI
Superviseur, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1986.

SOMMAIRE

Boucher c. La Reine 750

Droit criminel — Sentence — Usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction — Les peines imposées en vertu de l'art. 83 du Code criminel doivent-elles être purgées consécutivement entre elles? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 83.

Canadian Pacific Ltée c. Procureur général du Canada ... 678

Assurance-chômage — Retenu et paiement des cotisations — Pourboires reçus par l'employeur et versés aux employés conformément à une entente — Ces pourboires doivent-ils être pris en considération dans le calcul des cotisations d'assurance-chômage payables par l'employeur? — Sens de l'expression «rémunération assurable» — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48 et modifications, art. 66, 68.

Dube c. Labar 649

Responsabilité délictuelle — Négligence — *Volenti non fit injuria* — Passager d'une automobile qui sait que le conducteur a bu — Blessures subies dans un accident — Applicabilité du moyen de défense de *volenti non fit injuria*.

Procès — Exposé du juge au jury — Allégation de négligence — Moyens de défense de *volenti non fit injuria* et de la faute de la victime — Possibilité de confusion dans l'esprit des jurés à cause de l'exposé — Faut-il ordonner un nouveau procès?

Farquharson c. La Reine 703

Droit criminel — Maintien par la Cour d'appel des déclarations de culpabilité de tentative de vol qualifié et d'usage d'une arme

Suite à la page suivante

LIBRARY - SUPREME COURT OF CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPREME DU CANADA

CONTENTS (Continued)

Trial — Charge to jury — Allegation of negligence — Defences of *volenti non fit injuria* and contributory negligence — Possibility of jury's being confused by charge — Whether or not new trial should be ordered.

Farquharson v. The Queen 703

Criminal law — Convictions for attempted robbery and use of firearm upheld by Court of Appeal — No error of law committed at trial — No miscarriage of justice.

Hawkshaw v. The Queen 668

Criminal law — Obscenity — Accused charged with making obscene publication — Charge brought because of obscene photograph taken by accused — No evidence of publication or intention to publish — Whether inclusion of word "publication" in charge an essential averment or mere surplusage — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 159(1)(a), (8).

ITO — International Terminal Operators v. Miida Electronics et al. 752

Maritime law — Contract — Bill of lading — Exemption of liability clauses — Himalaya clause extending exemption from carrier to stevedore — Goods stolen after delivery to warehouse — Whether or not Himalaya clause effective in extending exemption.

Maritime law — Scope of maritime law — Port warehouse left unsecured and goods stolen — Whether maritime law including common law concept of negligence or whether Civil Code of Quebec incorporated into Canadian maritime law for cases arising in Quebec — Civil Code, arts. 1029, 1053.

Courts — Jurisdiction — Federal Court — Maritime law — Land-based tort with respect to recently unloaded goods — Short-term storage — Whether or not action within jurisdiction of Federal Court — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22(1), (2), 42 — The Admiralty Act, 1934, 1934 (Can.), c. 31, s. 18(1), (2), (3) — The Admiralty Act, 1891, 1891 (Can.), c. 29, s. 4.

Mezzo v. The Queen 802

Criminal law — Directed verdict — Charge of rape — Sufficiency of identification evidence — Complainant's observations of assailant made in difficult conditions — Improper police identification procedures — Trial judge finding identification evidence unreliable to convict — Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal — Test for a directed verdict.

Nelson et al. v. C.T.C. Mortgage Corp. 749

Mortgage — Interest — Method of calculation — Whether the interest rate payable on the mortgage was a "criminal interest rate" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 305.1 [en. 1980-81-82-83, c. 43, s. 9].

Criminal law — Mortgage — Criminal interest rate — Whether the interest rate on the mortgage violated s. 305.1 of the Criminal Code.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

à feu — Aucune erreur de droit commise au procès — Aucune erreur judiciaire.

Hawkshaw c. La Reine 668

Droit criminel — Obscénité — Accusation d'avoir produit une publication obscène — Accusation portée en raison d'une photographie obscène prise par l'accusé — Aucune preuve de publication ou d'intention de publier — L'inclusion du terme «publication» dans l'accusation est-elle une allégation essentielle ou simplement superfétatoire? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(1)a), (8).

ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre 752

Droit maritime — Contrat — Connaissance — Clauses de non-responsabilité — Clause Himalaya étendant la non-responsabilité du transporteur au manutentionnaire — Vol de la marchandise après livraison à l'entrepôt — La clause Himalaya a-t-elle pour effet d'étendre l'exemption?

Droit maritime — Champ d'application du droit maritime — Entrepôt portuaire sans surveillance et marchandise volée — Le droit maritime inclut-il la notion de négligence de la *common law* ou le Code civil du Québec est-il incorporé dans le droit maritime canadien pour les affaires d'origine québécoise? — Code civil, art. 1029, 1053.

Tribunaux — Compétence — Cour fédérale — Droit maritime — Délit terrestre concernant la marchandise récemment débarquée — Entreposage à court terme — L'action relève-t-elle de la compétence de la Cour fédérale? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 2, 22(1), (2), 42 — Loi d'Amirauté, 1934, 1934 (Can.), chap. 31, art. 18(1), (2), (3) — Acte de l'Amirauté, 1891, 1891 (Can.), chap. 29, art. 4.

Mezzo c. La Reine 802

Droit criminel — Verdict imposé — Accusation de viol — Suf-fisance de la preuve d'identification — Observations par la plaignante de son agresseur faites dans des conditions difficiles — Procédures d'identification irrégulières de la part de la police — Selon le juge du procès, preuve d'identification peu digne de foi pour conclure à la culpabilité — Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement? — Critère applicable en matière de verdict imposé.

Nelson et autres c. C.T.C. Mortgage Corp. 749

Hypothèques — Intérêts — Méthode de calcul — Le taux d'intérêt applicable à l'hypothèque était-il un «taux d'intérêt criminel»? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 305.1 [aj. 1980-81-82-83, chap. 43, art. 9].

Droit criminel — Hypothèques — Taux d'intérêt criminel — Le taux d'intérêt applicable à l'hypothèque constituait-il une infraction à l'art. 305.1 du Code criminel?

Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation et autres 732

Expropriation — Couronne — Désistement — Application de la loi dans le temps — Désistement selon les règles du Code de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219 704

Labour relations — Collective agreement — Breach — Strike notwithstanding no strike clause in agreement and in defiance of court injunction — Action by employer for damages — Whether court had jurisdiction to entertain action or whether jurisdiction restricted to arbitration board by statutory scheme — Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 53(1), 55(1), 91(1).

Courts — Jurisdiction — Labour relations — Collective agreement — Breach — Strike notwithstanding no strike clause in agreement and in defiance of court injunction — Action by employer for damages — Whether court had jurisdiction to entertain action or whether jurisdiction restricted to arbitration board by statutory scheme.

SOMMAIRE (Fin)

procédure civile malgré l'entrée en vigueur de la Loi de l'expropriation — La nouvelle loi sur l'expropriation est-elle applicable à une expropriation faite avant son entrée en vigueur par la Couronne? — Aucun droit acquis au désistement unilatéral — Loi sur l'expropriation, L.R.Q. 1977, chap. E-24, art. 55 (auparavant Loi de l'expropriation, 1973 (Qué.), chap. 38, art. 54) — Code de procédure civile, art. 797.

St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219) 704

Relations de travail — Convention collective — Violation — Grève déclenchée malgré l'interdiction de grève stipulée dans la convention collective et au mépris d'une injonction judiciaire — Action en dommages-intérêts intentée par l'employeur — Le tribunal avait-il compétence pour connaître de l'action ou la Loi donnait-elle compétence exclusive au conseil d'arbitrage? — Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4, art. 53(1), 55(1), 91(1).

Tribunaux — Compétence — Relations de travail — Convention collective — Violation — Grève déclenchée malgré l'interdiction de grève stipulée dans la convention collective et au mépris d'une injonction judiciaire — Action en dommages-intérêts intentée par l'employeur — Le tribunal avait-il compétence pour connaître de l'action ou la Loi donnait-elle compétence exclusive au conseil d'arbitrage?

Gregory Dube *Appellant*;
and
Robert Labar *Respondent*.

File No.: 17672.

1985: January 31; 1986: May 1.

Present: Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson and
Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
THE YUKON TERRITORY

Torts — Negligence — Volenti non fit injuria — Passenger riding in car driven by driver known by him to have been drinking — Injuries sustained in accident — Whether or not defence of volenti non fit injuria available.

Trial — Charge to jury — Allegation of negligence — Defences of volenti non fit injuria and contributory negligence — Possibility of jury's being confused by charge — Whether or not new trial should be ordered.

Appellant, a passenger in a car driven by respondent, was injured when it turned over. Both had been drinking the night before and on the day of the accident, and it appeared that respondent had been drinking in the car as a passenger. Respondent took over as driver when appellant could not start the car after stopping to pick up two hitchhikers. Appellant got into the car as a passenger after a short exchange in which respondent asserted that he was capable of driving. The accident occurred shortly thereafter. The car veered as respondent turned to speak to a hitchhiker in the back seat. Appellant attempted to grab the wheel and straighten out the car's course but his attempts eventually resulted in the car's overturning.

At trial, the defences of *volenti non fit injuria* and contributory negligence were put to the jury. This appeal was from a judgment of the Yukon Court of Appeal, which found the charge to the jury to be adequate and dismissed plaintiff's appeal from the jury's verdict barring his negligence claim by operation of the *volenti* principle. The appeal also concerned the appellate court's deference to a jury's verdict.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ.: The defence of *volenti* requires not merely plaintiff's knowl-

Gregory Dube *Appellant*;
et
Robert Labar *Intimé*.

a N° du greffe: 17672.

1985: 31 janvier; 1986: 1^{er} mai.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson et Le Dain.

b EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE
DU YUKON

Responsabilité délictuelle — Négligence — Volenti non fit injuria — Passager d'une automobile qui sait que le conducteur a bu — Blessures subies dans un accident — Applicabilité du moyen de défense de volenti non fit injuria.

Procès — Exposé du juge au jury — Allégation de négligence — Moyens de défense de volenti non fit injuria et de la faute de la victime — Possibilité de confusion dans l'esprit des jurés à cause de l'exposé — Faut-il ordonner un nouveau procès?

L'appellant, qui était passager d'une voiture conduite par l'intimé, a été blessé lorsque la voiture a capoté. Tous deux avaient bu au cours de la soirée précédente et le jour même de l'accident, et il ressort que l'intimé avait bu dans la voiture pendant qu'il était passager. L'intimé a pris le volant lorsque l'appellant n'a pu redémarrer la voiture après s'être arrêté pour faire monter deux auto-stoppeurs. L'appellant est monté dans la voiture comme passager, après une courte discussion au cours de laquelle l'intimé a affirmé qu'il était capable de conduire. L'accident est survenu peu de temps après. La voiture a changé de direction au moment où l'intimé s'est retourné pour parler à l'auto-stoppeur occupant le siège arrière. L'appellant a essayé de saisir le volant et de redresser la course de l'automobile, mais ses tentatives ont en définitive occasionné le capotage de la voiture.

Au procès, les moyens de défense de *volenti non fit injuria* et de la faute de la victime ont été soumis au jury. Le présent pourvoi attaque l'arrêt de la Cour d'appel du Yukon qui a conclu que l'exposé du juge au jury était adéquat et a rejeté l'appel du demandeur contre le verdict du jury opposant une fin de non-recevoir à sa réclamation pour négligence par application du principe de *volenti*. Le pourvoi porte également sur la déférence d'une cour d'appel envers le verdict d'un jury.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain: Le moyen de défense de *volenti* exige non seulement la

edge of a risk but his express or necessarily implied acceptance of the risk of harm without recourse to law, along with an inference that defendant took no responsibility for plaintiff's safety. *Volenti* requires an awareness of circumstance and consequences rarely present at the relevant time in drunken driver-willing passenger cases.

The charge to the jury here, while consistent with the authorities, should have gone one step further and explained that a finding must first be made on the facts as required to support the application of the *volenti* principle. If the factual requirements of the *volenti* principle were present in the view taken by the jury, that would be the end of the matter and the remaining questions relating to contributory negligence need not be answered except as a matter of completeness lest for some reason the finding of *volens* be set aside in circumstances not requiring a new trial. The jury should have been instructed to direct their minds to the contributory negligence issue only after they had considered and rejected the *volens* defence.

The manner in which the defences of *volens* and of contributory negligence were put to the jury was confusing and misleading as to the implications of a finding that the plaintiff absolved the defendant. The charge to the jury as a whole failed to make clear the extraordinary nature of the *volenti* defence by making explicit the interaction of the questions about defendant's negligence and plaintiff's contributory negligence while failing to mention the more drastic implications of a finding of *volenti*.

Any confusion resulting from the charge was overcome by the answers given by the jury to the questions put to them. There were no ambiguities in their answers suggesting actual confusion. Although the series of questions was not without ambiguity, it was not unreasonable to conclude that the jurors approached contributory negligence as an alternative solution to *volenti*. The jurors had before them a clearly worded question on *volenti*. It would be improper, however confusing the charge might have been, for this Court to assume that the jury misunderstood the meaning of the question in the face of such clear wording.

A jury's verdict in civil proceedings is accorded great deference by the courts. Although the verdict here is not one that every jury would have reached, it does not have

connaissance d'un risque, mais l'acceptation expresse ou implicite du risque de préjudice sans recours en droit de la part du demandeur, et la conclusion que le défendeur n'a assumé aucune responsabilité pour la sécurité du demandeur. Le moyen de défense de *volenti* exige une conscience des circonstances et des conséquences du geste qui n'existe que rarement au moment pertinent dans les affaires où le conducteur a bu et le passager est consentant.

Même si l'exposé du juge au jury en l'espèce est conforme à la jurisprudence, il aurait dû aller un cran plus loin et expliquer qu'il faut d'abord arriver à une conclusion sur les faits permettant de justifier l'application du principe de *volenti*. Si, d'après le jury, les conditions de fait nécessaires à l'application du principe de *volenti* sont présentes, l'affaire est réglée et il n'est pas nécessaire de répondre aux autres questions sur la faute de la victime, sauf pour être complet de crainte que, pour une raison quelconque, la conclusion de *volens* ne soit écartée dans des circonstances qui n'exigeraient pas un nouveau procès. On aurait dû dire au jury de ne considérer la question de la faute de la victime qu'après avoir analysé et rejeté le moyen de défense de *volens*.

La façon dont les moyens de défense de *volens* et de la faute de la victime ont été expliqués aux jurés a embrouillé et a créé de la confusion quant aux conséquences d'une conclusion portant que le demandeur avait exonéré le défendeur. Dans l'ensemble, l'exposé du juge au jury n'a pas rendu évidente la nature extraordinaire du moyen de défense de *volenti* en rendant explicite l'interaction des questions relatives à la négligence du défendeur et à la faute du demandeur mais en omettant de mentionner les conséquences beaucoup plus sévères d'une conclusion positive quant au moyen de défense de *volenti*.

Toute confusion résultant de l'exposé du juge au jury a été dissipée par les réponses que le jury a données aux questions qui lui étaient posées. Il n'y a aucune ambiguïté dans les réponses du jury qui dénote de la confusion. Bien que la série de questions ne soit pas elle-même sans ambiguïtés, il n'est pas déraisonnable de conclure que les jurés ont abordé la faute de la victime comme une solution de rechange à celle qu'offre le moyen de défense de *volenti*. Les jurés s'étaient vu poser une question très claire sur le moyen de défense de *volenti*. Peu importe jusqu'à quel point l'exposé du juge peut avoir créé de la confusion, il ne conviendrait pas que cette Cour suppose que le jury a mal compris le sens de la question, compte tenu d'une formulation aussi claire.

Les cours traitent avec beaucoup de déférence le verdict rendu par un jury dans une affaire civile. Bien que le verdict en l'espèce ne soit pas celui que tout jury

the character of unreasonableness that must be apparent on the face of a jury verdict before an appellate court can upset it. The paramount principle operating here is the duty of the court to sustain the jury's disposition without judicial interference so long as it is reasonable to do so.

Per Wilson J.: The trial judge adequately instructed the jury on all issues that they were required to deal with. Their answers to his clearly framed questions showed that they fully understood the questions and they should therefore be treated as definitive.

Neither the charge on the defences of *volenti non fit injuria* and contributory negligence nor the language or format of the questions put could have misled the jury. The charge effectively brought home to the jury the stringent nature of the *volenti* defence and it conformed to the principles laid down by the Court relating to that defence. Good trial practice required that the jury deal with all the issues at trial even if a finding of *volenti* were made, in the event that that finding be overturned on appeal.

It was open to the jury on the evidence to reach the conclusion it did on the *volens* issue. No complaint was made about the trial judge's charge or about the clarity of the jury's answers at any stage in the proceedings. The sole basis of the appeal to this Court, that the defence of *volenti* was not available in a case involving negligence on the highway, was without merit.

Cases Cited

By Estey J.

Car & General Insurance Corp. v. Seymour, [1956] S.C.R. 322; *Miller v. Decker*, [1957] S.C.R. 624; *Lehnert v. Stein*, [1963] S.C.R. 38; *Eid v. Dumas*, [1969] S.C.R. 668; *Jamieson v. Harris* (1905), 35 S.C.R. 625; *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311; *Grinnell Co. of Canada Ltd. v. Warren*, [1937] S.C.R. 353; *Pronek v. Winnipeg, Selkirk and Lake Winnipeg Railway Co.*, [1933] A.C. 61; *Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead*, [1975] 2 S.C.R. 831; *McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341; *Scotland v. Canadian Cartridge Co.* (1919), 59 S.C.R. 471, referred to.

By Wilson J.

Lehnert v. Stein, [1963] S.C.R. 38, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Contributory Negligence Ordinance, R.O.Y.T., c. C-14.

aurait tiré, il n'a pas ce caractère déraisonnable qui doit ressortir du verdict d'un jury pour qu'une cour d'appel puisse le renverser. Le principe prépondérant qui s'applique en l'espèce est l'obligation qu'a la cour de confirmer, dans la mesure où il est raisonnable de le faire, la décision du jury en s'abstenant d'intervenir.

Le juge Wilson: Le juge de première instance a donné des directives appropriées au jury à propos de toutes les questions que celui-ci avait à juger. Les réponses à ces questions clairement formulées indiquent que les jurés les ont parfaitement comprises et qu'on doit donc les considérer comme définitives.

Ni l'exposé au sujet des moyens de défense de *volenti non fit injuria* et de la faute de la victime ni le texte ou la présentation des questions ne peuvent avoir induit le jury en erreur. L'exposé a effectivement permis au jury de saisir la nature rigoureuse du moyen de défense de *volenti* et il a respecté les principes énoncés par cette Cour. Une bonne pratique en matière de procès exige que le jury examine toutes les questions en litige, même s'il accepte la défense de *volenti*, au cas où cette conclusion serait écartée en appel.

Il était loisible au jury de tirer la conclusion à laquelle il est arrivé quant à la question de *volens*. À aucune étape des procédures on ne s'est plaint de l'exposé du juge de première instance ou de la clarté des réponses du jury. Le seul fondement du pourvoi en cette Cour, savoir que le moyen de défense *volenti* ne peut être invoqué dans un cas de négligence sur la route, n'est pas recevable.

Jurisprudence

Citée par le juge Estey

Arrêts mentionnés: *Car & General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] R.C.S. 322; *Miller v. Decker*, [1957] R.C.S. 624; *Lehnert v. Stein*, [1963] R.C.S. 38; *Eid v. Dumas*, [1969] R.C.S. 668; *Jamieson v. Harris* (1905), 35 R.C.S. 625; *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311; *Grinnell Co. of Canada Ltd. v. Warren*, [1937] R.C.S. 353; *Pronek v. Winnipeg, Selkirk and Lake Winnipeg Railway Co.*, [1933] A.C. 61; *Vancouver-Fraser Park District c. Olmstead*, [1975] 2 R.C.S. 831; *McCannell v. McLean*, [1937] R.C.S. 341; *Scotland v. Canadian Cartridge Co.* (1919), 59 R.C.S. 471.

Citée par le juge Wilson

Arrêt mentionné: *Lehnert v. Stein*, [1963] R.C.S. 38.

Lois et règlements cités

Contributory Negligence Ordinance, R.O.Y.T., chap. C-14.

Authors Cited

Salmond, Sir John William. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 18th ed., by R. F. V. Heuston and R. S. Chambers, London, Sweet and Maxwell, 1981.

Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*, London, Stevens & Sons, 1951.

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Maddison J. sitting with jury. Appeal dismissed.

B. A. Crane, Q.C., and *R. Lunau*, for the appellant.

D. O'Connor, Q.C., and *T. Preston, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of *Estey, McIntyre, Chouinard* and *Le Dain JJ.* was delivered by

ESTEY J.—This is an appeal from the decision of the Court of Appeal for the Yukon Territory, dismissing the plaintiff's appeal from a jury verdict barring his negligence claim by operation of the principle, *volenti non fit injuria*. It also concerns the appellate court's defence to the verdict of a jury. The appellant (plaintiff) and respondent (defendant), co-workers at a construction site, became acquainted shortly before the car accident, giving rise to the action, occurred. The night before the accident, the parties had participated in an evening of drinking and partying in Haines Junction, a town close to the construction camp where both lived. The morning of the accident, drinking was resumed early. The parties decided to retrieve the respondent's car, which had become stuck on the way home the night before, and then drive into Haines Junction to retrieve the appellant's eyeglasses and to try to find two young women whom they had met the previous night. On their arrival in Haines Junction, the appellant and respondent each consumed more alcohol. They left the bar, found the two women, and drove them approximately fifty or sixty miles toward Whitehorse at their request. Having dropped the women off, the parties started back to Haines Junction. The appellant had been driving throughout. The respondent, while a passenger, had apparently been drinking beer in the car. At some point on the return trip, the parties passed two hitchhikers, and decided to stop to pick them up. When the appel-

Doctrine citée

Salmond, Sir John William. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 18th ed., by R. F. V. Heuston and R. S. Chambers, London, Sweet and Maxwell, 1981.

^a Williams, Glanville L. *Joint Torts and Contributory Negligence*, London, Stevens & Sons, 1951.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Maddison siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

B. A. Crane, c.r., et *R. Lunau*, pour l'appelant.

^c *D. O'Connor, c.r.*, et *T. Preston, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges *Estey, McIntyre, Chouinard* et *Le Dain* rendu par

^a LE JUGE ESTEY—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel du territoire du Yukon, qui a rejeté l'appel du demandeur contre le verdict d'un jury qui avait opposé une fin de non-recevoir à sa réclamation pour négligence par application ^e du principe *volenti non fit injuria*. Il porte également sur la déférence qu'une cour d'appel doit avoir pour le verdict d'un jury. L'appelant (le demandeur) et l'intimé (le défendeur), qui travaillaient au même chantier de construction, se sont connus peu de temps avant que l'accident à l'origine de l'action ne survienne. La veille de l'accident, ils avaient participé à une beuverie à Haines Junction, un village situé près du camp d'ouvriers de la construction qu'ils habitaient tous les deux. ^g Le matin de l'accident, ils ont recommencé à boire tôt. Les parties ont décidé d'aller chercher la voiture de l'intimé qui s'était embourbée lors du retour à la maison la veille et ils se sont rendus à ^h Haines Junction pour récupérer les lunettes de l'appelant et essayer de retracer deux jeunes femmes qu'ils avaient rencontrées la veille au soir. À leur arrivée à Haines Junction, l'appelant et l'intimé ont bu de nouveau. Ils ont quitté le bar, ⁱ trouvé les deux jeunes femmes et les ont conduites à leur demande sur une distance d'environ cinquante ou soixante milles en direction de Whitehorse. Ayant laissé descendre les femmes, les parties sont retournées vers Haines Junction. ^j L'appelant avait conduit pendant tout le trajet. L'intimé, qui était le passager, avait apparemment

lant tried to start the car again, he was unable to do so, and the respondent got into the driver's seat and started the car. At about this time, the appellant saw some friends passing in another vehicle, and, when they stopped, went to talk to them. He returned to the car and went to the driver's side, but the respondent was still in the driver's seat. In a short exchange, the respondent said that he was capable of driving. The appellant then got into the car as a passenger.

The accident occurred very shortly thereafter. The respondent, while driving, turned to speak to the hitchhiker sitting in the back seat. As he did so, the car veered to the right. The appellant, according to the testimony of the other hitchhiker who was seated on the front seat between the appellant and the respondent, attempted to grab the wheel and straighten out the car's course. The respondent's attempts at correction resulted, eventually, in the car's overturning on the right-hand embankment, causing personal injuries to the appellant. Samples of the respondent's breath later registered at .25 and .24 in tests administered by the police.

At trial, without objection from the parties, only two defences, *volenti non fit injuria* and contributory negligence, were put to the jury. The trial judge, after summarizing the evidence, charged the jury on the *volenti* defence as follows:

One of the defences of the defendant in this case is the maxim *volenti non fit injuria*. Translated, that means "to one who is willing no harm is done".

The burden is on the defendant, in each case, to prove that the plaintiff, expressly or by necessary implication, agreed to exempt the defendant from liability for any damage suffered by the plaintiff, occasioned by the defendant's negligence. In every case, the question is whether the plaintiff gave an express or implied consent to accept or assume the risk without compensation. In other words, did the plaintiff really consent to absolve

consommé de la bière dans la voiture. À un moment donné au cours du voyage de retour, les parties ont aperçu deux auto-stoppeurs et ont décidé d'arrêter et de les faire monter. Lorsque l'appelant a voulu redémarrer la voiture, il a été incapable de le faire et l'intimé s'est installé à la place du chauffeur et a mis la voiture en marche. Au même moment, l'appelant a vu des amis qui passaient dans une autre voiture et, lorsqu'ils se sont arrêtés, il est allé leur parler. Il est revenu à la voiture et s'est dirigé du côté du chauffeur, mais l'intimé occupait encore la place. Au cours d'une brève discussion, l'intimé a affirmé qu'il était capable de conduire. L'appelant est donc monté dans la voiture comme passager.

L'accident est survenu très peu de temps après. En conduisant, l'intimé s'est retourné pour parler à l'auto-stoppeur qui occupait le siège arrière. Comme il le faisait, la voiture a tourné sur la droite. Selon le témoignage de l'autre auto-stoppeur qui occupait le siège avant, entre l'appelant et l'intimé, l'appelant a voulu saisir le volant et redresser la course de l'automobile. Les tentatives de correction de l'intimé ont en définitive entraîné le capotage de la voiture sur l'accotement de droite, causant des lésions corporelles à l'appelant. Les échantillons d'haleine de l'intimé prélevés plus tard par les policiers indiquaient des taux d'alcoolémie de .25 et .24.

Au procès, sans que les parties ne s'y opposent, seulement deux moyens de défense ont été soumis au jury, celui fondé sur la maxime *volenti non fit injuria* et celui fondé sur la faute de la victime. Après avoir résumé la preuve, le juge de première instance a donné les directives suivantes au jury à propos du moyen de défense de *volenti*:

[TRADUCTION] Un des moyens de défense invoqué par le défendeur en l'espèce est la maxime *volenti non fit injuria*. Cela veut dire «à celui qui consent il n'est point fait de dommage».

Le défendeur a l'obligation, dans chaque cas, de prouver que le demandeur a consenti, expressément ou de façon nettement implicite, à exempter le défendeur de la responsabilité pour tout dommage qui pourrait lui être causé par la négligence du défendeur. Dans chaque cas, il faut se demander si le demandeur a, de façon expresse ou implicite, consenti à accepter ou à assumer le risque sans dédommagement. En d'autres mots, le

the defendant from his common-law duty of care, saying or implying, in effect, "I am prepared to take the risk of your negligence and if I am injured you will not be legally responsible for my damages." The question is not simply whether the plaintiff knew of the risk, but whether the circumstances were such as necessarily to lead to the conclusion that the whole risk was intentionally incurred by the plaintiff.

If you find that there is evidence of an initial common design which would, as a matter of common sense, entail the risk of injury, you might think that the appropriate inference may be not that the defendant undertook to exercise due care throughout, but that the plaintiff agreed to take upon himself the obvious risk of harm. The burden lies upon the defendant of proving that the plaintiff, expressly or by necessary implication, agreed to exempt the defendant from liability.

Therefore, your test is not simply whether the plaintiff knew of the risk, but whether the circumstances are such as necessarily to lead to the conclusion that the whole risk was voluntarily incurred by the plaintiff.

Immediately after his discussion of the *volenti* defence, the trial judge said:

Having earlier discussed negligence [which was done in an earlier general part of the charge just before *volenti* was discussed], I want to turn to the allied and associated matter of contributory negligence.

If you are satisfied by a preponderance of evidence that Dube's conduct amounted to a breach of that duty to take reasonable care for his own safety, then you would be justified in ascribing to him a portion of the blame for his injuries

The judge charged the jury that contributory negligence could arise in two ways, "firstly, from the plaintiff's active conduct in grasping the steering wheel . . . ; secondly, you may find that the plaintiff was negligent about his own safety, when he remained in the vehicle after the defendant took over the driving, knowing what he knew of the defendant's condition at that time". He went on:

demandeur a-t-il vraiment consenti à dégager le défendeur de l'obligation de diligence que lui impose la *common law*, en disant ou en laissant entendre ceci: «je suis prêt à prendre le risque que vous soyez négligent et, si je suis blessé, vous ne serez pas légalement responsable des dommages que j'aurai subis»? Il s'agit de se demander non pas simplement si le demandeur savait qu'il y avait un risque, mais si les circonstances étaient telles qu'il faut nécessairement conclure que le demandeur a volontairement assumé la totalité du risque.

Si vous concluez qu'il y a preuve d'un projet initial commun qui, du point de vue du simple bon sens, comportait un risque de blessure, vous pourriez croire qu'il faudrait conclure non pas que le défendeur s'est engagé à exercer la diligence nécessaire à tout moment, mais que le demandeur a convenu d'assumer lui-même le risque évident de dommage. Il incombe au défendeur de prouver que le demandeur a, de façon expresse ou nettement implicite, convenu d'exempter le défendeur de toute responsabilité.

Donc le critère que vous devez appliquer n'est pas simplement de savoir si le demandeur connaissait le risque, mais si les circonstances mènent nécessairement à la conclusion que le demandeur a volontairement assumé la totalité du risque.

Immédiatement après avoir analysé le moyen de défense de *volenti*, le juge de première instance a affirmé:

[TRADUCTION] Ayant déjà analysé la question de la négligence [ce qui avait été fait auparavant dans le corps de l'exposé juste avant d'aborder la défense de *volenti*], j'aborderai maintenant la question connexe de la faute de la victime.

Si vous êtes convaincus, selon une prépondérance de la preuve, que la conduite de Dube équivaut à une violation de l'obligation de diligence raisonnable à l'égard de sa propre sécurité, alors vous serez justifiés de lui attribuer une partie du blâme pour ses blessures . . .

Le juge a indiqué au jury que la faute de la victime peut s'expliquer de deux façons, [TRADUCTION] «premièrement, par le geste posé par le demandeur en saisissant le volant . . . ; deuxièmement, vous pouvez conclure que le demandeur a été négligent relativement à sa propre sécurité en restant dans le véhicule après que le défendeur eut pris le volant, tout en sachant ce qu'il savait à propos de l'état du demandeur à ce moment-là». Il ajoute ensuite:

Now, if you find that there was no negligence on the part of the defendant in the first place, then you need not bother considering contributory negligence. However, if you find that there was negligence on the part of the defendant, then you must consider whether the defendant has proved contributory negligence, of either of the two forms which I have mentioned, on the part of the plaintiff.

(Emphasis added.)

In contrast, no mention was made of the relationship between the two routes, or defences, open to the jury.

The jury was then requested to answer a number of questions. These questions, and the answers given, are as follows:

1. Was there negligence on the part of the Defendant Robert Labar which caused or contributed to the damage suffered by the Plaintiff in the accident?

Answer: Yes.

2. If your answer to question No. 1 is "yes", of what did such negligence consist?

Answer:

- a) Labar was operating a vehicle while impaired.
- b) Labar failed to maintain proper control of his vehicle.
- c) Labar failed to operate his vehicle with proper care when he turned to converse with his passengers.

3. Did the Plaintiff Gregory Dube expressly or impliedly absolve the Defendant Robert Labar from liability for negligence?

Answer: Yes.

4. If your answer to question No. 3 is "yes" of what did such absolution consist?

Answer: By willingly assuming the role of passenger in the Labar vehicle with Labar as the operator while knowing his state of impairment.

5. Was there negligence on the part of the Plaintiff Gregory Dube which caused or contributed to the damage suffered by him?

Answer: Yes.

6. If your answer to question No. 5 is "yes", of what did such negligence consist?

[TRADUCTION] Maintenant, si vous concluez qu'il n'y a pas eu de négligence de la part du défendeur dans le premier cas, il ne vous est pas nécessaire alors d'examiner la question de la faute de la victime. Cependant si vous concluez qu'il y a eu négligence de la part du défendeur, alors vous devez vous demander si le défendeur a prouvé, de l'une ou l'autre des deux façons dont j'ai parlé, qu'il y a eu faute de la part du demandeur.

(C'est moi qui souligne.)

Par contre, aucune mention n'a été faite du lien qui existe entre les deux voies ou moyens de défense soumis au jury.

On a ensuite demandé au jury de répondre à un certain nombre de questions. Voici ces questions et les réponses données:

[TRADUCTION]

1. Y a-t-il eu de la part du défendeur Robert Labar une négligence qui a causé le dommage subi par le demandeur dans l'accident ou qui y a contribué?

Réponse: Oui.

2. Si votre réponse à la question n° 1 est «oui», en quoi cette négligence a-t-elle consisté?

Réponse:

- a) Labar a conduit le véhicule alors que ses facultés étaient affaiblies.
- b) Labar n'a pas gardé le contrôle de son véhicule.
- c) Labar n'a pas conduit son véhicule avec prudence lorsqu'il s'est retourné pour parler à ses passagers.

3. Le demandeur Gregory Dube a-t-il dégagé de façon expresse ou implicite le défendeur Robert Labar de toute responsabilité pour négligence?

Réponse: Oui.

4. Si votre réponse à la question n° 3 est «oui» en quoi cette exonération a-t-elle consisté?

Réponse: En assumant volontairement le rôle de passager dans le véhicule appartenant à Labar et conduit par celui-ci tout en sachant qu'il était en état d'ébriété.

5. Y a-t-il eu de la part du demandeur Gregory Dube une faute qui a causé les dommages qu'il a subis ou qui y a contribué?

Réponse: Oui.

6. Si votre réponse à la question n° 5 est «oui», en quoi cette faute a-t-elle consisté?

Answer: Dube's touching, grabbing or attempting to touch or grab the steering wheel was a contributing factor.

7. If your answer to question No. 1 is "yes" and your answer to question No. 5 is "yes", state in percentages the degree of fault or negligence attributable to each:

Defendant Robert Labar:	75%
Plaintiff Gregory Dube:	<u>25%</u>
TOTAL:	<u>100%</u>

8. Disregarding the apportionment of negligence you have made in response to question No. 7 above, at what amount, if any, do you assess the damages sustained by the Plaintiff Gregory Dube under the following heads of damage?

(a) For pain, suffering and loss of enjoyment of life from the date of the accident to date and in future?	\$ 5,000
(b) For loss of income from the date of the accident until today?	15,000
(c) For loss of prospective earnings from this date forward?	<u>0</u>
TOTAL	<u>\$20,000</u>

These damages were reduced to \$15,000 to account for the plaintiff's contributory negligence. However, because the jury had answered the third question affirmatively, the plaintiff's action was dismissed. An appeal to the Yukon Court of Appeal was also dismissed. Taggart J.A., writing for the Court of Appeal, stated in part:

It seems to me, given the very clear and accurate charge of the judge, the answer given by the jury to question 3 must be taken to mean that the plaintiff had impliedly absolved the defendant from liability for negligence and had done so having regard for their answer to question 4, by willingly assuming the role of passenger in the vehicle driven by the defendant at a time when he knew of the defendant's incapacity to drive.

I think it was open to the jury on the evidence to reach the conclusion they did on the issue of *volens*. Being of that view I think that we ought not to interfere.

Réponse: Le fait que Dube a touché ou saisi le volant, ou encore tenté de le faire, a constitué un facteur contributif.

7. Si votre réponse à la question n° 1 est «oui» et si la réponse à la question n° 5 est «oui», indiquez en pourcentage la part de faute ou de négligence attribuable à chacun:

Le défendeur Robert Labar:	75 %
Le demandeur Gregory Dube:	<u>25 %</u>
TOTAL:	<u>100 %</u>

8. Sans tenir compte de la répartition de la négligence que vous avez faite en réponse à la question n° 7 ci-dessus, à quel montant évaluez-vous les dommages subis par le demandeur Gregory Dube dans chacune des catégories suivantes?

a) Pour souffrances et perte de jouissance de la vie depuis la date de l'accident jusqu'à ce jour et pour l'avenir?	5 000 \$
b) Pour perte de revenu depuis la date de l'accident jusqu'à ce jour?	15 000 \$
c) Pour perte de revenus futurs à compter d'aujourd'hui?	<u>0</u>
TOTAL	<u>20 000 \$</u>

Ces dommages ont été réduits à 15 000 \$ de manière à tenir compte de la faute du demandeur. Cependant, parce que le jury avait répondu oui à la troisième question, l'action du demandeur a été rejetée. Un appel interjeté à la Cour d'appel du Yukon a également été rejeté. Le juge Taggart qui a rédigé le jugement de la Cour d'appel affirme notamment:

[TRADUCTION] Il me semble, étant donné l'exposé très clair et très précis du juge, qu'il faut conclure de la réponse donnée par le jury à la question 3 que le demandeur a implicitement dégagé le défendeur de toute responsabilité pour négligence et qu'il l'a fait, selon leur réponse à la question 4, en assumant volontairement le rôle de passager dans le véhicule conduit par le défendeur à un moment où il savait que le défendeur était incapable de conduire.

Je crois que les jurés pouvaient, d'après la preuve soumise, arriver à la conclusion à laquelle ils sont arrivés quant à la question du moyen de défense de *volens*. Partageant cet avis, j'estime que nous ne devrions pas intervenir.

The plaintiff's appeal to this Court was argued on the basis that the defence of *volenti* is inapplicable to a case involving negligence on the highways. This submission is plainly inconsistent with four decisions of this Court: *Car & General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322, *Miller v. Decker*, [1957] S.C.R. 624, *Lehnert v. Stein*, [1963] S.C.R. 38, and *Eid v. Dumas*, [1969] S.C.R. 668. However, while acknowledging that *volenti* is in principle available to a defendant driver, these cases establish that the defence will only be made out in unusual circumstances. The test has been variously described. In the *Seymour* case, *supra*, Rand J. wrote, at p. 324:

In such commitments the question ought, I think, rather to be, can the defendant reasonably be heard to say, as an inference from the facts, that the risk of injury from his own misconduct was required by him to be and was accepted by the complainant as such a term [of the undertaking]?

Rand J. conceived of *volenti* as a bilateral "exchange of terms" governing the activity in which the parties were engaged. Abbott J., dissenting in the *Miller* case, *supra*, accurately paraphrased (at p. 626) the test set out by Kellock J. in *Seymour*, *supra*, (at p. 332):

... for a negligent driver to be completely relieved from liability, the plaintiff must have agreed expressly or by implication to exempt the defendant from liability for damages suffered by the plaintiff and occasioned by the negligence of the defendant during the carrying out of the latter's undertaking. In other words, to constitute a defence there must have been an express or implied bargain between the parties whereby the plaintiff gave up his right of action for negligence. As was pointed out by Kellock J. at p. 331, the question in each particular case is, in the language of Lindley L.J. in *Yarmouth v. France* ((1887), 19 Q.B.D. 647 at 660), "not simply whether the plaintiff knew of the risk, but whether the circumstances are such as *necessarily* to lead to the conclusion that the whole risk was voluntarily incurred by the plaintiff".

Le pourvoi du demandeur à cette Cour est fondé sur l'argument portant que le moyen de défense de *volenti* est inapplicable à une affaire comportant négligence sur la route. Cette prétention est manifestement incompatible avec quatre arrêts de cette Cour: *Car & General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] R.C.S. 322, *Miller v. Decker*, [1957] R.C.S. 624, *Lehnert v. Stein*, [1963] R.C.S. 38, et *Eid v. Dumas*, [1969] R.C.S. 668. Cependant, tout en reconnaissant que le moyen de défense de *volenti* peut, en principe, être invoqué par un conducteur poursuivi, ces arrêts établissent que ce moyen de défense ne s'appliquera que dans des circonstances inhabituelles. Le critère applicable a été décrit de diverses façons. Dans l'arrêt *Seymour*, précité, le juge Rand écrit à la p. 324:

[TRADUCTION] Dans de tels engagements, la question aurait, je crois, dû plutôt être: le défendeur est-il recevable à dire, à partir des faits, qu'il a exigé que la plaignante accepte comme condition [de l'engagement] le risque de blessure découlant de son inconduite et que la plaignante a accepté cela comme tel?

Le juge Rand a perçu le moyen de défense de *volenti* comme un consentement mutuel aux conditions régissant l'activité à laquelle les parties s'adonnaient. Le juge Abbott, dissident dans l'arrêt *Miller*, précité, a reformulé exactement (à la p. 626) le critère énoncé par le juge Kellock dans l'arrêt *Seymour*, précité, (à la p. 332):

[TRADUCTION] ... pour qu'un conducteur coupable de négligence soit exonéré de toute responsabilité, le demandeur doit avoir consenti expressément ou implicitement à dégager le défendeur de toute responsabilité pour les dommages subis par le demandeur et causés par la négligence du défendeur pendant l'exécution de l'engagement de ce dernier. En d'autres termes, pour constituer un moyen de défense, il doit y avoir eu accord exprès ou tacite entre les parties en vertu duquel le demandeur a renoncé à son droit d'action pour négligence. Comme l'a souligné le juge Kellock à la p. 331, la question qui se pose dans chaque cas particulier est, selon les termes du lord juge Lindley dans l'arrêt *Yarmouth v. France* ((1887), 19 Q.B.D. 647, à la p. 660), «non seulement de savoir si le demandeur connaissait l'existence du risque, mais si les circonstances sont telles qu'elles mènent *nécessairement* à conclure que le demandeur a volontairement assumé la totalité du risque».

Finally, in *Lehnert v. Stein, supra*, Cartwright J. (as he then was) held (at p. 43) that:

... where a driver of a motor vehicle invokes the maxim *volenti non fit injuria* as a defence to an action for damages for injuries caused by his negligence to a passenger, the burden lies upon the defendant of proving that the plaintiff, expressly or by necessary implication, agreed to exempt the defendant from liability for any damage suffered by the plaintiff occasioned by that negligence, and that, as stated in *Salmond on Torts*, 13th ed., p. 44:

The true question in every case is: Did the plaintiff give a real consent to the assumption of the risk without compensation; did the consent really absolve the defendant from the duty to take care?

Thus, *volenti* will arise only where the circumstances are such that it is clear that the plaintiff, knowing of the virtually certain risk of harm, in essence bargained away his right to sue for injuries incurred as a result of any negligence on the defendant's part. The acceptance of risk may be express or may arise by necessary implication from the conduct of the parties, but it will arise, in cases such as the present, only where there can truly be said to be an understanding on the part of both parties that the defendant assumed no responsibility to take due care for the safety of the plaintiff, and that the plaintiff did not expect him to.

Common sense dictates that only rarely will a plaintiff genuinely consent to accept the risk of the defendant's negligence. Glanville Williams wrote in *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), at pp. 307-08, that

the defence must be restrictively construed and ... rarely applies in negligence actions. In almost every negligence action of modern times where the defence of *volens* has been raised it has failed. This is because the cases in which a person truly consents to run the risk of another's negligence are altogether exceptional.

Enfin, dans l'arrêt *Lehnert v. Stein*, précité, le juge Cartwright (alors juge puîné) a conclu ceci (à la p. 43):

[TRADUCTION] ... lorsque le conducteur d'un véhicule à moteur invoque la maxime *volenti non fit injuria* comme moyen de défense à une action en dommages-intérêts pour les blessures causées par sa négligence à un passager, il incombe au défendeur de prouver que le demandeur a, expressément ou de façon nettement implicite, convenu de dégager le défendeur de la responsabilité pour tout dommage qui pouvait lui être causé par cette négligence, et ce, tel qu'énoncé dans *Salmond on Torts*, 13th ed., p. 44:

La vraie question dans chaque cas est la suivante: Le demandeur a-t-il donné un consentement véritable à l'acceptation du risque sans dédommagement? Son consentement dégage-t-il réellement le défendeur de son obligation de diligence?

Donc, le moyen de défense de *volenti* ne s'applique que lorsque les circonstances sont telles qu'il est manifeste que le demandeur, connaissant le risque presque certain de préjudice, a essentiellement convenu de renoncer à son droit de poursuite pour les blessures subies par suite d'une négligence quelconque du défendeur. L'acceptation du risque peut être expresse ou peut ressortir de façon nettement implicite de la conduite des parties, mais elle n'est opposable, dans les cas comme celui en l'espèce, que lorsqu'on peut vraiment dire que les deux parties ont compris que le défendeur n'assumait aucune responsabilité de diligence pour la sécurité du demandeur et que le demandeur ne s'attendait pas à ce qu'il le fasse.

Le bon sens révèle que ce n'est que rarement qu'un demandeur consentira vraiment à accepter le risque découlant de la négligence du défendeur. Glanville Williams a écrit dans *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), aux pp. 307 et 308, que:

[TRADUCTION] le moyen de défense doit s'interpréter restrictivement et ... s'applique rarement dans les actions pour négligence. Dans presque toutes les actions pour négligence de l'époque moderne où le moyen de défense de *volens* a été invoqué, il a été rejeté. Cela tient à ce que les cas où une personne consent vraiment à subir le risque découlant de la négligence d'autrui sont très exceptionnels.

He then drew the following conclusions as to the nature of the defence, which were expressly adopted by this Court in *Lehnert v. Stein, supra*, and in *Eid v. Dumas, supra*:

It is submitted that the key to an understanding of the true scope of the *volens* maxim lies in drawing a distinction between what may be called physical and legal risk. Physical risk is the risk of damage in fact; legal risk is the risk of damage in fact for which there will be no redress in law To put this in general terms, the defence of *volens* does not apply where as a result of a mental process the plaintiff decides to take a chance but there is nothing in his conduct to show a waiver of the right of action communicated to the other party. To constitute a defence, there must have been an express or implied bargain between the parties whereby the plaintiff gave up his right of action for negligence.

The example given by Glanville Williams, *supra*, at p. 308, of a person who, knowing that road traffic accidents regularly occur, nevertheless decides to go for a walk along a roadside and thereby runs the risk that he may be run down, illustrates the nature of the distinction. That person could not reasonably be seen to have assumed the risk in the manner required to support the defence of *volenti*. To permit the defence to succeed on facts showing merely that the plaintiff knew of the risk and yet chose to undergo it is inconsistent with the decisions of this Court, *supra*, which require not merely knowledge, but express or necessarily implied acceptance of the risk of harm without recourse to law by the plaintiff, along with an inference that the defendant, for his part, took no responsibility for the plaintiff's safety.

The defence of *volenti* will, furthermore, necessarily be inapplicable in the great majority of drunken driver-willing passenger cases. It requires an awareness of the circumstances and the consequences of action that are rarely present on the facts of such cases at the relevant time.

The charge of the learned trial judge, on the law of *volens*, was consistent with the authorities in our Court as noted above. In my view, however, the instructions to the jury should have gone one step

Puis il a tiré les conclusions suivantes quant à la nature du moyen de défense, lesquelles ont été expressément adoptées par cette Cour dans les arrêts *Lehnert v. Stein* et *Eid v. Dumas*, précités:

^a [TRANSDUCTION] On soutient que le secret pour comprendre la portée véritable de la maxime *volens*, consiste à établir une distinction entre ce qu'on pourrait appeler le risque matériel et le risque légal. Le risque matériel est le risque de préjudice véritable. Le risque légal est le risque de préjudice véritable pour lequel il n'y a pas de recours en droit . . . Exprimé en termes généraux, cela veut dire que le moyen de défense de *volens* ne s'applique pas lorsque dans son for intérieur le demandeur décide de courir un risque, mais qu'il n'y a rien dans sa conduite qui indique à l'autre partie qu'il a renoncé à son droit d'action. Pour constituer un moyen de défense, il faut qu'il y ait eu entente expresse ou tacite entre les parties en vertu de laquelle le demandeur a renoncé à son droit d'action pour négligence.

^d L'exemple donné par Glanville Williams, précité, à la p. 308, d'une personne qui, tout en sachant que des accidents de la route se produisent régulièrement, décide néanmoins d'aller marcher le long d'un chemin et court ainsi le risque d'être renversée, illustre la nature de la distinction. On ne peut raisonnablement conclure que la personne a assumé le risque de la façon requise pour justifier l'application du moyen de défense de *volenti*. Faire droit au moyen de défense alors que les faits indiquent seulement que le demandeur connaissait le risque et a quand même choisi de s'y exposer est incompatible avec les arrêts précités de cette Cour qui exigent non seulement la connaissance du risque, mais encore son acceptation expresse ou implicite sans recours en droit de la part du demandeur et la conclusion que le défendeur n'a quant à lui assumé aucune responsabilité pour la sécurité du demandeur.

Le moyen de défense de *volenti* sera, de plus, forcément inapplicable dans la plupart des cas où le conducteur est ivre et où le passager est consentant. Il exige une conscience des circonstances et des conséquences du geste qui existe rarement selon les faits de ces affaires au moment pertinent.

L'exposé du savant juge de première instance sur le principe du moyen de défense de *volens* est conforme à la jurisprudence de notre Cour, telle que soulignée plus haut. À mon avis cependant, les

further. The learned trial judge ought to have explained to the jury that a finding must first be made on the facts as required to support the application of the *volenti* principle. If the factual requirements of the *volenti* principle are present in the view taken by the jury, that is the end of the matter and the remaining questions relating to contributory negligence need not in that event be answered except as a matter of completeness lest for some reason the finding of a *volens* might be set aside in circumstances not requiring a new trial. All this should have been explained to the jury. The jury should have been instructed to direct their minds to the contributory negligence issue only after they had considered and rejected the *volens* defence. Without such a direction the charge failed to make clear the consequences of a finding of *volenti*.

I consider, with all respect to those who have held otherwise, that in this case the manner in which the two defences were put to the jury was misleading and confusing as to the implications of a finding that the plaintiff had absolved the defendant. The portion of the charge relating to *volenti*, although closely modelled, as the Court of Appeal noted, on the language of Cartwright J. in *Lehnert, supra*, must be considered in context. When so viewed, it can be seen that the jury could easily have been confused as to the relationship between the two defences, *volenti* and contributory negligence, and their relative effects on the outcome of the action.

Prior to the enactment of legislation allowing for apportionment of damages in cases where the plaintiff's own negligence had contributed to his injuries (here, the *Contributory Negligence Ordinance*, R.O.Y.T., c. C-14), drawing a distinction between the defences of *volenti* and contributory negligence was unnecessary. Both had the same drastic effect of denying completely compensation to the plaintiff. This is no longer the case. Apportionment permits a sensible distribution of the

directives données au jury auraient dû aller un cran plus loin. Le savant juge de première instance aurait dû expliquer au jury qu'il faut d'abord arriver à une conclusion sur les faits permettant de justifier l'application du principe de *volenti*. Si, d'après le jury, les conditions de fait nécessaires à l'application du principe de *volenti* sont présentes, l'affaire est réglée et il n'est pas nécessaire de répondre aux autres questions sur la faute de la victime, sauf pour être complet de crainte que, pour une raison quelconque, la conclusion de *volens* ne puisse être écartée dans des circonstances qui n'exigeraient pas un nouveau procès. Tout cela aurait dû être expliqué au jury. On aurait dû dire au jury de ne considérer la question de la faute de la victime qu'après avoir analysé et rejeté le moyen de défense de *volens*. Cette directive n'ayant pas été donnée, l'exposé du juge au jury n'a pas précisé les conséquences d'une conclusion positive quant au moyen de défense de *volenti*.

Avec égards pour ceux qui ont exprimé une opinion contraire, je considère que, en l'espèce, la façon dont les deux moyens de défense ont été exposés aux jurés était embrouillée et a créé de la confusion quant aux conséquences d'une conclusion portant que le demandeur avait exonéré le défendeur. Même si la partie de l'exposé qui avait trait au moyen de défense de *volenti* suivait de près, comme l'a souligné la Cour d'appel, les termes utilisés par le juge Cartwright dans l'arrêt *Lehnert*, précité, il faut l'examiner en fonction de son contexte. Ainsi considérée, on peut se rendre compte que le jury a pu facilement être embrouillé quant au lien entre les deux moyens de défense, celui de *volenti* et celui fondé sur la faute de la victime, et quant à leurs effets respectifs sur l'issue de l'action.

Avant l'adoption de dispositions législatives permettant la répartition des dommages dans les cas où la propre négligence du demandeur a contribué à ses blessures (en l'espèce, la *Contributory Negligence Ordinance*, R.O.Y.T., chap. C-14), il n'était pas nécessaire de faire la distinction entre le moyen de défense de *volenti* et celui fondé sur la faute de la victime. Les deux avaient la même conséquence radicale de priver le demandeur de tout dédommagement. Ce n'est plus le cas. La

financial burden of negligent conduct. It is a more flexible and more appropriate response in the great majority of cases in which negligent conduct of the plaintiff is argued to support a *volenti* defence. Thus, it is of great importance to keep the two defences distinct (see *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (18th ed. 1981), at pp. 472-73, Glanville Williams, *supra*, at p. 308).

Primarily, the nature of the *volenti* defence was obscured by two aspects of the charge. First, there is the fact that the trial judge passed quickly over the defence of *volenti* to the defence of contributory negligence, using the words "allied and associate matter" in such a way that the jury could have thought he was referring to a relationship between the defences. Secondly, he instructed the jury that (as has already been noted in another context above):

... if you find that there was negligence on the part of the defendant, then you must consider whether the defendant has proved contributory negligence . . .

(Emphasis added.)

The impression given by these words is that the only circumstances in which the plaintiff's failure to take due care for his own safety would not affect the outcome of the action are those in which the defendant's own conduct conformed to the standard expected of him by the law of negligence. In fact, of course, there was another set of circumstances in which the plaintiff's contributory negligence could have no effect on the outcome; that is, if the jury finds the plaintiff has assumed the risk of the defendant's negligence under the *volenti* rule. By making explicit the interaction of two of the questions put to the jury (namely, the questions of the defendant's negligence and the plaintiff's contributory negligence), but failing to mention the much more drastic implications of a finding of *volenti*, the charge to the jury as a whole failed to make clear the extraordinary nature of the *volenti* defence. Further confusion could have resulted from the fact that the same evidence, showing that the appellant willingly assumed the

répartition permet un partage raisonnable des charges financières découlant d'une conduite négligente. Elle constitue une réponse plus souple et plus appropriée dans la grande majorité des cas où la négligence du demandeur est invoquée pour étayer le moyen de défense de *volenti*. D'où la grande importance de distinguer les deux moyens de défense (voir *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (18th ed. 1981), aux pp. 472 et 473, Glanville Williams, précité, à la p. 308).

Essentiellement, la nature du moyen de défense de *volenti* a été obscurcie par deux aspects de l'exposé. En premier lieu, il y a eu le fait que le juge de première instance est passé rapidement du moyen de défense de *volenti* au moyen de défense fondé sur la faute de la victime, en utilisant les mots [TRADUCTION] «question connexe» de sorte que le jury aurait pu croire que le juge parlait d'un lien entre les moyens de défense. En second lieu, il a dit aux jurés (tel que souligné précédemment dans un autre contexte):

[TRADUCTION] . . . si vous concluez qu'il y a eu négligence de la part du défendeur, alors vous devez vous demander si le défendeur a prouvé . . . qu'il y a eu faute de la part du demandeur.

(C'est moi qui souligne.)

L'impression laissée par ces mots est que les seules circonstances où l'omission du demandeur de veiller dûment à sa propre sécurité n'aurait pas d'effet sur l'issue de l'action seraient celles où la conduite du défendeur a respecté la norme que lui imposait le droit en matière de négligence. En réalité, il y a bien sûr un autre ensemble de circonstances dans lesquelles la faute du demandeur n'aurait aucun effet sur l'issue de l'action: savoir, dans le cas où le jury conclut que le demandeur a assumé le risque découlant de la négligence du défendeur en vertu de la règle de *volenti*. En rendant explicite l'interaction de deux des questions soumises au jury (savoir les questions relatives à la négligence du défendeur et à la faute du demandeur), mais en omettant de mentionner les conséquences beaucoup plus sévères d'une conclusion positive quant au moyen de défense de *volenti*, l'exposé au jury, dans son ensemble, n'a pas précisé la nature extraordinaire du moyen de défense de *volenti*. Il y aurait pu y avoir confusion supplémentaire du fait

role of passenger while knowing of the respondent's state of impairment, was put to the jury as support for both defences with no instructions as to the distinction between them.

Any confusion which might in this case have resulted from the charge, however, must be considered to have been overcome by the answers given by the jury to the questions put to them. There are no ambiguities suggesting actual confusion in the language used by the jury in their answers. The series of questions is not itself without some ambiguity, as without a qualification such as is found in the first phrase of question eight, they may be read as defining one problem with one solution rather than one problem with two, inconsistent, solutions. However, it is not unreasonable to conclude that the jurors may indeed have approached contributory negligence as an alternative solution to that afforded by their answer on the issue of *volenti*. Since no claim was made by the defendant against the plaintiff, the jury was not concerned in answering any question with a finding of the plaintiff's liability. It must be borne in mind that the jurors had present before them a clearly worded question on *volenti* which expressly asked whether the plaintiff had, by any conduct on his part, absolved the defendant from liability for negligence. It would be improper, however confusing the judge's charge might have been, for this Court to assume that the jury misunderstood the meaning of question number three in the face of such clear wording. Questions five through eight were surplus, given the answer to questions three and four, and it is reasonable to conclude that the jury so understood them.

At the outset it was observed that the courts accord a jury verdict rendered in civil proceedings with great deference. With reference to a special verdict, it was said some time ago in this Court, "We also fully agree that answers by a jury to questions should be given the fullest possible effect, and, if it is possible to support the same by

que les mêmes éléments de preuve, qui démontreraient que l'appelant avait volontairement assumé le rôle de passager tout en connaissant l'incapacité de conduire de l'intimé, ont été présentés au jury
 a pour étayer les deux moyens de défense sans directive quant à ce qui les distinguait.

Toute confusion qui, en l'espèce, pourrait avoir résulté de l'exposé du juge au jury doit toutefois être considérée comme ayant été dissipée par les réponses que le jury a données aux questions qui lui étaient posées. Il n'y a aucune ambiguïté qui dénote de la confusion dans la façon dont le jury a formulé ses réponses. La série de questions n'est pas elle-même sans ambiguïtés puisque, sans une réserve comme celle que l'on trouve au début de la huitième question, elles peuvent s'interpréter comme définissant un problème qui comporte une solution plutôt qu'un problème qui comporte deux solutions incompatibles. Cependant, il n'est pas déraisonnable de conclure que les jurés peuvent en fait avoir abordé la faute de la victime comme une solution de rechange à celle qu'offre leur réponse à la question du moyen de défense de *volenti*. Étant donné que le défendeur n'a fait aucune réclamation contre le demandeur, le jury n'avait pas à répondre à une question en concluant à la responsabilité du demandeur. On doit se rappeler que les jurés s'étaient vu poser une question très claire sur le moyen de défense de *volenti*, dans laquelle on leur demandait expressément si le demandeur, par quelque conduite de sa part, avait dégagé le défendeur de toute responsabilité pour négligence. Peu importe jusqu'à quel point l'exposé du juge peut avoir créé de la confusion, il ne conviendrait pas que cette Cour suppose que le jury a mal compris le sens de la troisième question, compte tenu d'une formulation aussi claire. Les questions 5 à 8 sont superflues compte tenu des réponses données aux troisième et quatrième questions, et il est raisonnable de conclure que le jury les a ainsi comprises.

J'ai fait remarquer au départ que les cours traitent avec beaucoup de déférence le verdict rendu par un jury dans une affaire civile. On a déjà dit ceci, en cette Cour, au sujet d'un verdict spécial: [TRADUCTION] «Nous sommes parfaitement d'accord pour dire qu'on doit donner suite, autant que faire se peut, aux réponses d'un jury

any reasonable construction, they should be supported”, *per* Nesbitt J. in *Jamieson v. Harris* (1905), 35 S.C.R. 625, at p. 631. Spence J. in *McLoughlin v. Kutasy*, [1979] 2 S.C.R. 311, wrote at p. 314: “Every effort must be exerted to understand and give a reasonable construction to the jury’s answers remembering that jurors ‘are laymen who are not accustomed to state matters with the particularity and clarity which more trained men might exhibit’”. See also *Grinnell Co. of Canada Ltd. v. Warren*, [1937] S.C.R. 353, and *Pronek v. Winnipeg, Selkirk and Lake Winnipeg Railway Co.*, [1933] A.C. 61.

The jury’s conclusion that the plaintiff consented to bear the legal risk when he entered the car as passenger, knowing of the defendant’s state of impairment, is doubtless one that not every jury would have reached. It does not have the character of unreasonableness, however, that must be apparent on the face of a jury verdict before an appellate court can upset it: *Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead*, [1975] 2 S.C.R. 831, *McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341. This case is rather of the sort considered in *Scotland v. Canadian Cartridge Co.* (1919), 59 S.C.R. 471, where Sir Louis Davies C.J. wrote at p. 477:

I say on this main and controlling issue I would as a jurymen probably have found against the plaintiff. But that is not my province. I have only to determine whether in the conflict of evidence we have before us in this case, scientific and practical, we find enough to justify reasonable men in reaching the conclusion these jurymen did. After much consideration and thought I have reached the conclusion, though not without much doubt, that there is such evidence in the record and that I ought not, in view of the extreme jurisdiction which juries are permitted to have over questions of fact, to set aside their findings on mere doubts I may entertain or on my reaching on the reading of the evidence a conclusion different from that the jury reached.

The paramount principle here operating is the duty residing in the court to sustain, so long as it be reasonable to do so, the jury’s disposition of the

aux questions qui lui sont posées et, s’il est possible de les appuyer par quelque interprétation raisonnable, on doit le faire», le juge Nesbitt dans l’arrêt *Jamieson v. Harris* (1905), 35 R.C.S. 625, à la p. 631. Dans l’arrêt *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311, le juge Spence affirme à la p. 314: «On doit déployer tous les efforts possibles pour comprendre les réponses du jury et leur donner une interprétation raisonnable en se rappelant que les jurés «sont des profanes qui n’ont pas l’habitude d’énoncer les choses avec la particularité et la clarté dont font preuve les initiés».» Voir également *Grinnell Co. of Canada Ltd. v. Warren*, [1937] R.C.S. 353, et *Pronek v. Winnipeg, Selkirk and Lake Winnipeg Railway Co.*, [1933] A.C. 61.

La conclusion du jury selon laquelle le demandeur a accepté d’assumer le risque légal lorsqu’il est monté comme passager dans l’automobile, tout en sachant que le défendeur était en état d’ébriété, n’est sans doute pas une conclusion que tout jury aurait tirée. Elle n’a toutefois pas ce caractère déraisonnable qui doit ressortir du verdict d’un jury pour qu’une cour d’appel puisse le renverser: *Vancouver-Fraser Park District c. Olmstead*, [1975] 2 R.C.S. 831, *McCannell v. McLean*, [1937] R.C.S. 341. Cette affaire ressemble plutôt à celle examinée dans *Scotland v. Canadian Cartridge Co.* (1919), 59 R.C.S. 471, où le juge en chef sir Louis Davies écrit à la p. 477:

[TRADUCTION] J’affirme au sujet de cette question essentielle et déterminante que j’aurais probablement, en tant que juré, statué contre le demandeur. Mais il ne m’appartient pas de le faire. Il m’incombe seulement de déterminer si, compte tenu des éléments de preuve contradictoires qui nous ont été soumis en l’espèce, tant sur le plan scientifique que pratique, il y a suffisamment d’éléments pour justifier des hommes raisonnables de tirer la conclusion qu’ont tirée ces jurés. Après mûre réflexion, je suis arrivé à la conclusion, quoique ce ne soit pas sans beaucoup de doute, qu’une telle preuve figure au dossier et que je me dois d’éviter, compte tenu de la compétence absolue que les jurés peuvent exercer sur les questions de fait, d’annuler leurs conclusions en raison simplement de doutes que je puis avoir ou pour le motif que mon interprétation de la preuve m’a amené à tirer une conclusion différente de celle du jury.

Le principe prépondérant qui s’applique en l’espèce est l’obligation qu’a la cour de confirmer, dans la mesure où il est raisonnable de le faire, la

issues without judicial intervention. The court is concerned, of course, at all times, with providing ultimate justice consistent with the principles of the law. Here, two routes lie open to a reviewing tribunal but in the selection of the appropriate route the paramount principle of support of a jury verdict governs. Despite, therefore, the potential of the jury charge to confuse, this appeal must be dismissed. It is not apparent from their answers to the questions put that the jury members were in fact, when in the throes of ultimate disposition of the issue, confused, nor is their conclusion on the vital issue of *volenti* so unreasonable as to justify its reversal by an appellate court.

I therefore would dismiss the appeal with costs to the respondent.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—The facts of this case and its history in the courts below are fully dealt with in the reasons of my colleague, Estey J., and it is not necessary for me to repeat them here. I agree that the appeal should be dismissed but am not fully in agreement with my colleague's reasons.

I would respectfully support the unanimous conclusion of the Court of Appeal for the Yukon Territory that the trial judge properly instructed the jury in this case. I do not believe that the judge's instruction on the defences of *volenti non fit injuria* and contributory negligence misled or confused the jury. And I can see no basis on which to conclude that the language or format of the written questions put to the members of the jury would have caused any confusion in their minds. In my view, the judge adequately instructed the jury on all the issues they were required to deal with. He put clearly framed questions before them and received very clear answers. I think their answers showed that they fully understood the

décision du jury quant aux questions en litige en s'abstenant d'intervenir. Il va sans dire que la cour se soucie en tout temps de rendre justice en dernier ressort, conformément aux principes du droit. En l'espèce, deux voies s'offrent à un tribunal d'examen, mais c'est le principe prépondérant du maintien du verdict d'un jury qui doit guider dans le choix de la voie à suivre. Par conséquent, malgré le risque de confusion que présente l'exposé au jury, ce pourvoi doit être rejeté. Il ne ressort pas des réponses qu'ils ont données aux questions qui leur étaient posées, que les membres du jury étaient vraiment perplexes au moment où il s'agissait pour eux de trancher la question en litige, pas plus que leur conclusion sur la question fondamentale du moyen de défense de *volenti* ne semble déraisonnable au point de justifier son renversement par une cour d'appel.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens accordés à l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Les faits de l'espèce et son historique dans les cours d'instance inférieure sont exposés en détail dans les motifs de mon collègue le juge Estey et il ne m'est pas nécessaire de les reprendre ici. Je conviens que le pourvoi doit être rejeté, mais je ne suis pas entièrement d'accord avec les motifs de mon collègue.

Avec égards, je suis d'avis d'appuyer la conclusion unanime de la Cour d'appel du territoire du Yukon, portant que le juge de première instance a donné des directives appropriées au jury en l'espèce. Je ne crois pas que les directives du juge sur le moyen de défense de *volenti non fit injuria* et celui fondé sur la faute de la victime ont induit les membres du jury en erreur ou ont créé de la confusion dans leur esprit. Je ne puis voir non plus aucune raison de conclure que le texte ou la présentation des questions écrites posées aux membres du jury aurait créé quelque confusion dans leur esprit. À mon avis, le juge a donné des directives appropriées au jury à propos de toutes les questions sur lesquelles celui-ci devait se prononcer. Il lui a soumis des questions clairement formulées et a obtenu des réponses très claires. Je crois que d'après les réponses qu'ils ont données, les jurés

questions and I believe therefore that their answers should be treated as definitive.

My colleague considers that the fact that the judge's instruction on *volenti* was followed by an instruction on contributory negligence would have confused the jury and made it appear that these defences were interrelated. In this connection it should be noted that at the end of the part of his charge dealing with the defence of *volenti* the judge stated:

Having earlier discussed negligence, I want to turn to the allied and associated matter of contributory negligence.

It seems to me that the jury would have understood the judge to be saying that contributory negligence was "allied and associated" with negligence not with *volenti*. The judge was quite properly dealing one after the other with the two defences put forward by the defendant.

I believe that the judge's charge was effective in bringing home to the jury the stringent nature of the *volenti* defence. It conforms to the principles laid down by this Court. Indeed, it parallels the language used by Cartwright J. (as he then was) in *Lehnert v. Stein*, [1963] S.C.R. 38, at p. 43, which appears to have been consistently followed in the courts below. I can find no error in it. The trial judge emphasized in several places that it was not enough for the jury to find that the plaintiff had voluntarily assumed the risk of harm. They had to go on and determine whether or not the plaintiff had agreed to absolve the defendant either expressly or by necessary implication from any liability for negligence. I believe this is a correct statement of the law as it currently stands. I quote the relevant passage from the judge's charge:

The burden is on the defendant, in each case, to prove that the plaintiff, expressly or by necessary implication, agreed to exempt the defendant from liability for any damage suffered by the plaintiff, occasioned by the defendant's negligence. In every case, the question is whether the plaintiff gave an express or implied consent to accept or assume the risk without compensation. In other words, did the plaintiff really consent to absolve the defendant from his common-law duty of care, saying

ont parfaitement compris les questions qui leur étaient posées et j'estime donc qu'il faut considérer ces réponses comme définitives.

Mon collègue estime que le fait que les directives du juge sur le moyen de défense de *volenti* ont été suivies d'une directive sur la faute de la victime, aurait embrouillé le jury et lui aurait donné à penser que ces moyens de défense étaient intimement liés. À ce sujet, il faut souligner qu'à la fin de la partie de son exposé portant sur le moyen de défense de *volenti* le juge a dit:

[TRADUCTION] Ayant déjà analysé la question de la négligence, j'aborderai maintenant la question connexe de la faute de la victime.

Il me semble que le jury aurait compris que le juge affirmait alors que la question de la faute de la victime était «connexe» à celle de la négligence et non au moyen de défense de *volenti*. Le juge a très adéquatement traité l'un après l'autre les deux moyens de défense soulevés par le défendeur.

Je crois que l'exposé du juge a permis au jury de saisir la nature rigoureuse du moyen de défense de *volenti*. Il est conforme aux principes énoncés par cette Cour. En réalité, il équivaut aux termes utilisés par le juge Cartwright (alors juge puîné) dans l'arrêt *Lehnert v. Stein*, [1963] R.C.S. 38, à la p. 43, que les cours d'instance inférieure semblent avoir constamment suivis. Je ne puis y voir d'erreur. Le juge de première instance a souligné à plusieurs reprises qu'il ne suffisait pas que le jury conclût que le demandeur avait délibérément assumé le risque de préjudice. Il devait aller jusqu'à déterminer si le demandeur avait convenu de dégager le défendeur, expressément ou de façon nettement implicite, de toute responsabilité pour négligence. Je crois qu'il s'agit là d'un énoncé exact de la règle actuellement applicable. Je cite l'extrait pertinent de l'exposé du juge:

[TRADUCTION] Le défendeur a l'obligation, dans chaque cas, de prouver que le demandeur a consenti, expressément ou de façon nettement implicite, à exempter le défendeur de la responsabilité pour tout dommage qui pourrait lui être causé par la négligence du défendeur. Dans chaque cas, il faut se demander si le demandeur a, de façon expresse ou implicite, consenti à accepter ou à assumer le risque sans dédommagement. En d'autres mots, le demandeur a-t-il vraiment consenti à

or implying, in effect, "I am prepared to take the risk of your negligence and if I am injured you will not be legally responsible for my damages." The question is not simply whether the plaintiff knew of the risk, but whether the circumstances were such as necessarily to lead to the conclusion that the whole risk was intentionally incurred by the plaintiff.

My colleague is of the view that the trial judge should have instructed the jury that a finding of *volenti* made it unnecessary for it to answer the question concerning contributory negligence. The difficulty with this is that if the defence of *volenti* were to be rejected on appeal it would be necessary in order to avoid another trial to have the jury's answer on the alternate defence of contributory negligence. It seems to me to be good trial practice to have the jury deal with all the issues at trial in case their finding on a specific issue is overturned on appeal. The classic example is the jury's assessment of damages even although they have made a finding of no liability.

I agree, of course, that the judge might have prefaced question 5 with the words "If your answer to question 3 is 'no' . . ." but his failure to do does not in my view vitiate the jury's answer to the question. The legal effect of its answer to question 3 was determinative of the plaintiff's claim.

I agree with the unanimous conclusion of the Court of Appeal that it was open to the jury on the evidence to reach the conclusion it did on the *volens* issue. That being so, the Court of Appeal was, in my view, correct in refusing to interfere. No complaint has been made about the charge at any stage of the proceedings; nor has counsel at any stage alleged that the jury's answers were ambiguous or gave rise to any uncertainty. The sole basis of the plaintiff's appeal to this Court was that the defence of *volenti* is unavailable in a case

dégager le défendeur de l'obligation de diligence que lui impose la *common law*, en disant ou en laissant entendre ceci: «je suis prêt à prendre le risque que vous soyez négligent et, si je suis blessé, vous ne serez pas légalement responsable des dommages que j'aurai subis»? Il s'agit de se demander non pas simplement si le demandeur savait qu'il y avait un risque, mais si les circonstances étaient telles qu'il faut nécessairement conclure que le demandeur a volontairement assumé la totalité du risque.

Mon collègue est d'avis que le juge de première instance aurait dû dire au jury que si jamais il faisait droit au moyen de défense de *volenti*, il ne lui serait pas alors nécessaire de répondre à la question relative à la faute de la victime. La difficulté que cela pose est que si le moyen de défense de *volenti* devait être rejeté en appel, il serait alors nécessaire, afin d'éviter la tenue d'un autre procès, d'obtenir une réponse du jury sur le moyen subsidiaire de la faute de la victime. Il me semble que c'est une bonne pratique en matière de procès que d'obliger le jury à examiner toutes les questions en litige pour le cas où leur conclusion sur une certaine question serait écartée en appel. L'exemple classique que l'on donne est l'évaluation par le jury des dommages même s'ils ont conclu à la non-responsabilité.

Il va sans dire que je suis d'accord pour dire que le juge aurait pu faire précéder la cinquième question des mots «Si vous répondez «non» à la troisième question . . . », mais son omission de le faire n'entache pas de nullité la réponse donnée par le jury à cette question. L'effet, sur le plan juridique, de sa réponse à la troisième question a été déterminant quant à la réclamation du demandeur.

Je suis d'accord avec la conclusion unanime de la Cour d'appel portant que, compte tenu de la preuve soumise, il était loisible au jury de tirer la conclusion à laquelle il est arrivé quant à la question de *volens*. Dans ces circonstances, la Cour d'appel a eu raison de refuser d'intervenir. À aucune étape des procédures on ne s'est plaint de l'exposé du juge; à aucune étape non plus, les avocats n'ont prétendu que les réponses du jury étaient ambiguës ou soulevaient des doutes. Le seul fondement du pourvoi du demandeur devant cette Cour est que le moyen de défense de *volenti* ne peut être invoqué dans un cas de négligence sur

involving negligence on the highway. I agree with my colleague that this submission is without merit.

For these reasons I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Anton, Asquith & Champion, Whitehorse.

Solicitors for the respondent: Boylan, Preston, Kidd & O'Brien, Whitehorse.

la route. Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que cet argument n'est pas fondé.

^a Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Anton, Asquith & Champion, Whitehorse.

^b *Procureurs de l'intimé: Boylan, Preston, Kidd & O'Brien, Whitehorse.*

Allin Ross Hawkshaw *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17308.

1985: January 28; 1986: May 22.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Obscenity — Accused charged with making obscene publication — Charge brought because of obscene photograph taken by accused — No evidence of publication or intention to publish — Whether inclusion of word “publication” in charge an essential averment or mere surplusage — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 159(1)(a), (8).

Appellant was charged under s. 159(1)(a) of the *Criminal Code* in that he “unlawfully did make an obscene publication, to wit: a photograph of an act of gross indecency”. There was evidence at the preliminary hearing to support findings that the photograph was taken by the appellant and that the photograph was obscene, but none as to an intention to publish it. The committing magistrate decided that the word “publication” in the charge was surplusage. An order for *certiorari* to quash the committal, granted in the Supreme Court of Ontario, was set aside on appeal. At issue here was whether an intent to publish an obscene photograph was an essential ingredient for conviction of the accused under the charge as framed. Argument also centred on the applicability of the test for obscenity under s. 159(8) of the *Criminal Code*.

Held: The appeal should be allowed.

The test of obscenity laid down in s. 159(8) of the *Criminal Code* should apply to the issue of obscenity in charges under the *Criminal Code*, whether based on publication or not.

Section 159(1)(a) of the *Criminal Code* creates a number of offences which are separate and apart. One of these offences, the making of an obscene photograph, does not involve any necessary element of publication.

Allin Ross Hawkshaw *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 17308.

1985: 28 janvier; 1986: 22 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

Droit criminel — Obscénité — Accusation d'avoir produit une publication obscène — Accusation portée en raison d'une photographie obscène prise par l'accusé — Aucune preuve de publication ou d'intention de publier — L'inclusion du terme «publication» dans l'accusation est-elle une allégation essentielle ou simplement superfétatoire? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(1)a), (8).

L'appellant a été accusé en vertu de l'al. 159(1)a) du *Code criminel* d'avoir illégalement produit une publication obscène, savoir: une photographie d'un acte de grossière indécence. À l'enquête préliminaire, on a présenté des éléments de preuve à l'appui des conclusions portant que la photographie a été prise par l'appellant et qu'elle est obscène, mais aucun élément de preuve de l'intention de la publier. Le magistrat qui a ordonné le renvoi au procès a jugé que le terme «publication» dans l'accusation était superfétatoire. La Cour suprême de l'Ontario a fait droit à une demande de *certiorari* visant à faire annuler le renvoi au procès. L'ordonnance obtenue a été annulée en appel. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si l'intention de publier une photographie obscène constitue un élément essentiel pour pouvoir déclarer l'accusé coupable en vertu de l'accusation telle qu'elle a été formulée. L'argumentation a été axée également sur l'applicabilité du critère d'obscénité que prévoit le par. 159(8) du *Code criminel*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le critère d'obscénité établi au par. 159(8) du *Code criminel* devrait être appliqué à la question de l'obscénité dans les accusations portées en vertu du *Code criminel* qu'elles soient fondées sur la publication ou non.

L'alinéa 159(1)a) du *Code criminel* crée un certain nombre d'infractions séparées et distinctes. L'une de ces infractions, celle consistant à produire une photographie obscène, ne comporte aucun élément nécessaire de publication.

The word "publication" introduced an element of publication into the indictment. To be given any meaning the indictment as framed must have encompassed something more than the mere making of a photograph. The surplusage rule — that words in the indictment are said to be surplus in the sense that they need not be proved in order to prove conviction — was inapplicable here in that it would prejudice the accused.

The accused could well have concluded that evidence of an intent to publish or evidence of actual publication would form a necessary part of the Crown's case. Although it might be possible to conclude, on a detailed analysis of the meanings to be attributed to the word "publication" used in this context, that neither an intent to publish nor an actual publication was involved the accused should not be confronted with this sort of exercise in making his response to a criminal charge.

Cases Cited

Dechow v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 951; *Vézina et Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, applied; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, not followed; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. Munster* (1960), 34 C.R. 47; *R. v. Modenese* (1962), 38 C.R. 45; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Schell* (1973), 13 C.C.C. (2d) 342; *R. v. McCormick*, York Co. Ct. (Ont.), January 10, 1980, unreported, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 159(1)(a), (8).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 69 C.C.C. (2d) 503, 39 O.R. (2d) 571, allowing an appeal from a judgment of Osler J. allowing an application to quash an order of Nadeau Prov. Ct. J. for committal to trial. Appeal allowed.

Patrick S. Duffy, Q.C., for the appellant.

Susan Ficek, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The principal question with which this appeal is concerned is whether an intent to publish an obscene photograph is an essential

Le terme «publication» a introduit un élément de publication dans l'acte d'accusation. Pour avoir un sens, le texte de l'acte d'accusation doit viser quelque chose de plus que la simple production d'une photographie. La règle du superfétatoire — en vertu de laquelle des mots de l'acte d'accusation sont censés être superflus en ce sens qu'ils constituent des éléments qui n'ont pas à être prouvés pour obtenir une déclaration de culpabilité — n'est pas applicable à l'espèce du fait qu'elle causerait un préjudice à l'accusé.

L'accusé pourrait bien avoir conclu que la preuve de l'intention de publier ou la preuve de la publication réelle formerait une partie nécessaire de la preuve de la poursuite. Bien qu'on pourrait conclure, suite à une analyse détaillée des significations qui pourraient être attribuées au terme «publication» dans ce contexte, qu'il n'est question d'aucune intention de publier ni d'aucune publication réelle, l'accusé ne devrait pas avoir à faire face à ce genre d'exercice en présentant sa réponse à une accusation criminelle.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; arrêt non suivi: *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; arrêts mentionnés: *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. v. Munster* (1960), 34 C.R. 47; *R. v. Modenese* (1962), 38 C.R. 45; *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. v. Schell* (1973), 13 C.C.C. (2d) 342; *R. v. McCormick*, C. de comté de York (Ont.), 10 janvier 1980, inédit.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(1)a), (8).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 69 C.C.C. (2d) 503, 39 O.R. (2d) 571, qui a accueilli l'appel de la décision du juge Osler d'accueillir la demande d'annulation de l'ordonnance de renvoi au procès rendue par le juge Nadeau de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

Patrick S. Duffy, c.r., pour l'appellant.

Susan Ficek, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si l'intention de publier une photographie obscène

element for the conviction of a person charged, under s. 159(1)(a) of the *Criminal Code*, that he “unlawfully did make an obscene publication, to wit: a photograph of an act of gross indecency”.

A commercial film developer delivered to the police a series of photographs which it had received for development. One of the photographs was the basis for the charge in this case. The Crown elected to proceed by indictment. The appellant elected trial by judge alone and a preliminary hearing was held.

At the preliminary hearing there was evidence from which a properly instructed jury could find that the photograph was taken by the appellant and that it was itself of such nature that it afforded evidence of obscenity. There was, however, no evidence of any intention to publish the photograph. The committing magistrate committed for trial despite the absence of such evidence. He concluded that the word “publication” in the charge was surplusage—a non-allegation—which did not form an essential ingredient of the charge.

An application was made before Osler J. in the Supreme Court of Ontario for *certiorari* to quash the committal (reported at (1981), 62 C.C.C. (2d) 289). The motion succeeded. Osler J. was of the view that evidence of an intent to publish was a necessary element for the proof of the charge and that to commit for trial in the absence of such evidence was an excess of jurisdiction. This ruling, given his view of the elements of the charge against the accused, was consistent with the majority judgment in this Court in *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93.

The Crown appeal to the Court of Appeal (Howland C.J.O., Brooke and Cory J.J.A.) was allowed with Brooke J.A. dissenting (reported at (1982), 69 C.C.C. (2d) 503). Howland C.J.O., for

constitue un élément essentiel pour pouvoir déclarer une personne, accusée en vertu de l'al. 159(1)a) du *Code criminel*, coupable d'avoir [TRA-DUCTION] «illégalement produit une publication obscène, savoir: une photographie d'un acte de grossière indécence».

Un service commercial de développement de films a transmis à la police une série de photographies qu'on lui avait remises pour qu'elles soient développées. L'accusation en l'espèce est fondée sur l'une de ces photographies. La poursuite a choisi de procéder par voie de mise en accusation. L'appelant a choisi d'être jugé par un juge seul et il y a eu enquête préliminaire.

Lors de l'enquête préliminaire, on a présenté des éléments de preuve à partir desquels un jury qui aurait reçu des directives appropriées aurait pu conclure que la photographie avait été prise par l'appelant et qu'elle était elle-même de nature à constituer un élément de preuve de l'obscénité. Toutefois, il n'y avait aucun élément de preuve d'une intention de publier la photographie. Le magistrat a renvoyé l'appelant à son procès malgré l'absence d'un tel élément de preuve. Il a conclu que le terme «publication» dans l'accusation était superfétatoire—qu'il ne constituait pas une allégation—et ne formait pas un élément essentiel de l'accusation.

Une demande de *certiorari* a été présentée devant le juge Osler de la Cour suprême de l'Ontario pour faire annuler le renvoi au procès (publié à (1981), 62 C.C.C. (2d) 289). La requête a été accordée. Le juge Osler a exprimé l'avis que la preuve de l'intention de publier constituait un élément nécessaire pour prouver l'accusation et que le renvoi au procès ordonné en l'absence d'un tel élément de preuve constituait un excès de compétence. Cette décision, compte tenu de son opinion sur les éléments de l'accusation portée contre l'accusé, est conforme aux motifs de cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93.

L'appel interjeté par la poursuite devant la Cour d'appel (le juge en chef Howland et les juges Brooke et Cory) a été accueilli, le juge Brooke étant toutefois dissident (publié à (1982), 69

the majority, reviewed the authorities dealing with the construction of s. 159 and its predecessors. He came to the conclusion that publication was not an essential element of the charge. The word "publication" where used in the charge was, in his view, surplusage. He was also of the view that on a construction of s. 159(1)(a) of the *Criminal Code* a separate offence of making an obscene photograph had been created. A conviction could be obtained therefore in the absence of evidence of an intent to publish. There was then evidence before the committing magistrate which would justify a committal and the committal order was restored. The majority was also of the view that the test for obscenity to be applied in cases under s. 159(1)(a) of the *Code* should be that set out in s. 159(8) whether publication was involved or not. This displaced the common law test of obscenity laid down by Cockburn C.J. in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, at p. 371. Brooke J.A. (in dissent) expressed the view that, given the construction of s. 159 in its complete context, publication is an element in the commission of an offence under s. 159(1)(a). He would have upheld the reviewing court's order to quash. In this Court the argument centred on the question of publication and on the applicability of the test for obscenity under s. 159(8).

The leading case on the interpretation of s. 159(8) of the *Code* is *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951. *Dechow* arose out of the prosecution of a sex shop operator under s. 159(1)(a) of the *Code*. There the appellant was charged that he:

... unlawfully did have in his possession, for the purpose of distribution, obscene materials consisting of written matter, pictures, models, preparations, tape recordings, and other devices, equipment and paraphernalia.

C.C.C. (2d) 503). Le juge en chef Howland, au nom de la cour à la majorité, a passé en revue la jurisprudence et la doctrine qui traitent de l'interprétation de l'art. 159 et des dispositions qui l'ont précédé. Il est arrivé à la conclusion que la publication n'était pas un élément essentiel de l'accusation. Le terme «publication» utilisé dans l'accusation était, à son avis, superfétatoire. Il a également été d'avis que, selon une interprétation de l'al. 159(1)a) du *Code criminel*, une infraction distincte consistant à avoir produit une photographie obscène avait été créée. Par conséquent, une déclaration de culpabilité pouvait être obtenue en l'absence de preuve d'une intention de publier. Le magistrat qui a ordonné le renvoi au procès disposait donc d'éléments de preuve qui justifiaient ce renvoi et l'ordonnance de renvoi au procès a été rétablie. Les juges formant la majorité étaient également d'avis que le critère d'obscénité qu'il faut appliquer dans des affaires relevant de l'al. 159(1)a) du *Code* devait être celui énoncé au par. 159(8), qu'il soit ou non question de publication. Cela avait pour effet d'écarter le critère d'obscénité applicable en *common law*, qui a été établi par le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, à la p. 371. Le juge Brooke (dissident) a exprimé l'opinion que, compte tenu de l'interprétation de l'art. 159 en fonction de tout son contexte, la publication est un élément de la perpétration d'une infraction en vertu de l'al. 159(1)a). Il aurait maintenu l'ordonnance d'annulation du tribunal d'examen. En cette Cour, l'argumentation a été axée sur la question de la publication et sur l'applicabilité du critère d'obscénité que prévoit le par. 159(8).

L'arrêt de principe portant sur l'interprétation du par. 159(8) du *Code* est l'arrêt *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951. L'affaire *Dechow* découlait des poursuites intentées contre l'exploitant d'un sex-shop conformément à l'al. 159(1)a) du *Code*. Dans cette affaire, l'appelant était accusé de:

... (TRADUCTION) possession illégale, aux fins de distribution, d'articles obscènes consistant en des écrits, livres, modèles, préparations, bandes magnétiques, appareils et autres accessoires.

The appellant was convicted and the conviction was upheld on a trial *de novo*. An appeal was taken to the Ontario Court of Appeal on the question of whether the obscenity test laid down in s. 159(8) of the *Criminal Code* applied to the articles which were the subject matter of the case. The appellant's appeal was dismissed. The appellant appealed to this Court upon the following question of law:

Did the Court of Appeal err in holding that s. 159(8) of the Criminal Code applied to the articles found by the trial judge to be obscene and that consequently the trial judge did not err in holding that s. 159(8) provided the sole test of obscenity in respect of those articles?

Ritchie J., speaking for the majority of the Court (Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.) held that the meaning of the word "publication" where it appears in s. 159(8) must be determined not from the verb "to publish" but from the noun itself meaning "that which is published". However, the manner in which the offending articles were displayed in the shop when taken together with the printed descriptions attached to the articles constituted an element of publication. This would qualify the objects as publications within the meaning of s. 159(8) of the *Code*. It followed that the test set out in the subsection would apply. No question of the applicability of the *Hicklin* rule arose. Ritchie J. concluded his judgment, however, by saying, at p. 968:

... I do not find it necessary to consider what test is to be applied in determining whether or not matters other than publications are obscene.

Laskin C.J., for the minority (the Chief Justice and Judson, Spence and Dickson JJ.), did not regard the offending articles as publications. He nevertheless concluded that the test in s. 159(8) should be applied in considering the question of obscenity. The Chief Justice expressed the view that where the *Criminal Code* had provided the definitive test of obscenity which displaced the common law *Hicklin* test, then in the interests of consistency that test should be applied in all cases of obscenity. He would have applied the s. 159(8)

L'appelant a été déclaré coupable et la déclaration de culpabilité a été maintenue lors d'un procès *de novo*. Un appel a été interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario sur la question de savoir si le critère d'obscénité énoncé au par. 159(8) du *Code criminel* s'appliquait aux articles visés dans l'affaire. L'appel de l'appelant a été rejeté. L'appelant a formé un pourvoi devant cette Cour relativement à la question de droit suivante:

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en statuant que le par. (8) de l'art. 159 du Code criminel s'appliquait aux articles considérés obscènes par le juge de première instance et que, par conséquent, le juge de première instance avait eu raison de décider que le par. (8) de l'art. 159 constituait le seul critère d'obscénité à l'égard de ces articles?

Le juge Ritchie au nom de la Cour à la majorité (les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré) a conclu que le sens du terme «publication» tel qu'il figure au par. 159(8) doit être déterminé non pas à partir du verbe «publier» mais à partir du substantif lui-même qui signifie «ce qui est publié». Toutefois, la manière dont les objets en cause étaient exposés dans la boutique, lorsqu'ils étaient considérés avec les descriptions imprimées qui les accompagnaient, constituait un élément de publication. Cela avait pour effet de qualifier les objets comme des publications au sens du par. 159(8) du *Code*. Il s'ensuivait que le critère établi dans ce paragraphe s'appliquait. La question de l'applicabilité de la règle de l'arrêt *Hicklin* n'a pas été soulevée. Toutefois, le juge Ritchie a terminé ses motifs en affirmant à la p. 968:

... je n'estime pas nécessaire de déterminer quel critère doit s'appliquer pour déterminer l'obscénité de choses autres que des publications.

Le juge en chef Laskin au nom de la Cour à la minorité (le Juge en chef et les juges Judson, Spence et Dickson) n'a pas considéré les objets en cause comme des publications. Il a néanmoins conclu que le critère établi au par. 159(8) devait être appliqué en examinant la question de l'obscénité. Le Juge en chef a exprimé l'opinion que, comme le *Code criminel* avait énoncé le critère définitif de l'obscénité qui remplaçait le critère de *common law* établi dans l'arrêt *Hicklin*, alors, pour des motifs d'uniformité, ce critère devait être

test in obscenity cases not involving publications. He said, at pp. 962-63:

I am not only satisfied to regard s. 159(8) as prescribing an exhaustive test of obscenity in respect of a publication which has sex as a theme or characteristic but I am also of the opinion that this Court should apply that test in respect of other provisions of the *Code*, such as ss. 163 and 164, in cases in which the allegation of obscenity revolves around sex considerations. Since the view that I take, in line with that expressed by Judson J. in the *Brodie* case, is that the *Hicklin* rule has been displaced by s. 159(8) in respect of publications, I would not bring it back under any other sections of the *Code*, such as ss. 159, 163 and 164, to provide a back-up where a sexual theme or sexual factors are the basis upon which obscenity charges are laid and the charges fail because the test prescribed by s. 159(8) has not been met.

It is reasonable for a Court to apply the statutory standard, prescribed by Parliament as a definition of an offence of a generic character, when it is called upon to determine, in allied provisions of the *Criminal Code*, the sense in which the expression of some offence, made punishable in other circumstances, should be taken. Where no constitutional considerations are involved but only the interpretation and application of the words of Parliament, the judicial approach should be in the direction of consistency of meaning of the same word used by Parliament where that word is a designation of an offence which is a distributive one by reason of the specification of different situations in which it may be committed. So it is with obscenity in the various provisions of the *Code* under which it is an offence. If the issue under any of those provisions is sexual exploitation, either alone or in association with any of the subjects mentioned in s. 159(8), then I think it the proper course for this Court to apply in all such cases the standard or test that s. 159(8) prescribes for publications.

In my view, Laskin C.J. was not in conflict with the majority on this point. The majority had clearly left the question open. As has been pointed out, Howland C.J.O., for the majority in the Court of Appeal, adopted the reasons of Laskin C.J. in *Dechow* and applied the s. 159(8) test. He said, at p. 513:

appliqué dans tous les cas d'obscénité. Il aurait appliqué le critère du par. 159(8) dans les cas d'obscénité où il n'est pas question de publications. Voici ce qu'il dit aux pp. 962 et 963:

^a Non seulement suis-je d'avis de considérer que le par. 159(8) donne une définition exhaustive de l'obscénité en matière de publications dont la caractéristique ou le thème principal portent sur les choses sexuelles, mais j'estime également que cette Cour devrait appliquer ce critère à l'égard d'autres dispositions du *Code*, notamment les art. 163 et 164, dans le cas où l'allégation d'obscénité se rapporte à des choses sexuelles. Puisque je conclus, comme le juge Judson dans *Brodie*, que la règle élaborée dans *Hicklin* a été écartée par le par. 159(8) en matière de publications, je suis d'avis qu'elle ne devrait être invoquée à l'égard d'aucune autre disposition du *Code*, comme les art. 159, 163 et 164, pour fournir un critère supplémentaire dans le cas où des accusations d'obscénité échouent parce que le critère prescrit au par. 159(8) n'est pas satisfait.

Il est raisonnable qu'un tribunal applique la définition légale, prescrite par le Parlement pour une infraction de nature générique, lorsqu'il doit déterminer, au sujet de dispositions connexes du *Code criminel*, le sens qu'il faut donner à la définition d'une infraction punissable en d'autres circonstances. Lorsque le problème ne porte pas sur une question constitutionnelle mais seulement sur l'interprétation et l'application des termes employés par le Parlement, les tribunaux judiciaires devraient viser à donner une définition constante au mot employé à plusieurs reprises par le Parlement lorsque ce mot désigne une infraction qui peut prendre diverses formes, du fait que les différentes situations dans lesquelles elle peut être commise sont précisées. C'est le cas de l'obscénité qui, aux termes de nombreuses dispositions du *Code*, constitue une infraction. Lorsque le litige en vertu de l'une de ces dispositions concerne un cas d'exploitation de choses sexuelles, seule ou avec l'un quelconque des sujets mentionnés au par. 159(8), j'estime que cette Cour doit appliquer la norme ou le critère établi au par. 159(8) à l'égard des publications.

À mon avis, le juge en chef Laskin n'était pas en désaccord avec les juges de la majorité sur ce point. Les juges formant la majorité avaient manifestement laissé la question en suspens. Comme il a été souligné, le juge en chef Howland, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, a adopté les motifs du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Dechow* et a appliqué le critère du par. 159(8). Voici ce qu'il affirme à la p. 513:

I am in agreement with the above view expressed by Laskin C.J.C. that the test of obscenity to be applied in the case of offences under s. 159(1)(a), where no publication is involved, should be the same as the test prescribed under s. 159(8) in respect of publications. This would appear to be the proper course to follow in the interests of consistency. There is no justification for applying a different test of obscenity for non-publication offences.

It is my view that he was right in law to do so. In my opinion, the test of obscenity laid down in s. 159(8) should apply to the issue of obscenity in charges under the *Criminal Code* whether based on publication or not. For the reasons outlined by Laskin C.J. in *Dechow*, the *Hicklin* test is no longer applicable in Canada in such cases.

Turning now to the case at bar, s. 159(1)(a) of the *Criminal Code* provides:

159. (1) Every one commits an offence who
(a) makes, prints, publishes, distributes, circulates, or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatsoever, or

This section creates a number of offences, one of which, that of making an obscene picture, is said to be the subject of this charge. It is an offence which is separate and distinct from the other offences there mentioned and it involves no necessary element of publication. The various offences are separated by commas and one does violence to no rule of construction in recognizing them as separate concepts. I am in agreement with Howland C.J.O. in this respect. After discussing various authorities, such as *R. v. Munster* (1960), 34 C.R. 47; *R. v. Modenese* (1962), 38 C.R. 45; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Schell* (1973), 13 C.C.C. (2d) 342; *R. v. McCormick*, York Co. Ct. (Ont.), Ferguson Co. Ct. J., Jan. 10, 1980, unreported, and *Dechow v. The Queen, supra*, he said, at p. 515:

There are no dicta in the *Dechow* case to suggest that publication is a prerequisite to every offence under s. 159(1)(a). On the contrary, both the reasons of the

[TRADUCTION] Je partage l'opinion exprimée ci-dessus par le juge en chef Laskin selon laquelle le critère d'obscénité qui doit être appliqué dans le cas d'infractions à l'al. 159(1)a), lorsqu'il n'est pas question de publications, devrait être le même que le critère que prévoit le par. 159(8) à l'égard des publications. Cela semblerait être la bonne marche à suivre pour des motifs d'uniformité. Rien ne justifie l'application d'un critère d'obscénité différent pour les infractions où il n'est pas question de publications.

Je suis d'avis qu'il était bien fondé en droit de le faire. À mon avis, le critère d'obscénité établi au par. 159(8) devrait être appliqué à la question de l'obscénité dans les accusations portées en vertu du *Code criminel* qu'elles soient fondées sur la publication ou non. Pour les motifs qu'a exposés le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Dechow*, le critère de l'arrêt *Hicklin* n'est plus applicable au Canada dans de telles affaires.

En ce qui a trait à l'espèce, l'al. 159(1)a) du *Code criminel* prévoit ce qui suit:

159. (1) Commet une infraction, quiconque
a) produit, imprime, publie, distribue, met en circulation, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène, ou

Cette disposition crée un certain nombre d'infractions, dont l'une, celle consistant à produire une image obscène, fait l'objet de la présente accusation. C'est une infraction qui est séparée et distincte des autres infractions y mentionnées et qui ne comporte aucun élément nécessaire de publication. Les diverses infractions sont séparées par des virgules et l'on ne fait violence à aucune règle d'interprétation en reconnaissant qu'il s'agit de concepts distincts. Je partage l'opinion exprimée par le juge en chef Howland à cet égard. Après avoir analysé divers précédents comme *R. v. Munster* (1960), 34 C.R. 47; *R. v. Modenese* (1962), 38 C.R. 45; *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. v. Schell* (1973), 13 C.C.C. (2d) 342; *R. v. McCormick*, C. de comté de York (Ont.), 10 janv. 1980, le juge Ferguson, inédit, et *Dechow c. La Reine*, précité, il affirme à la p. 515:

[TRADUCTION] L'arrêt *Dechow* ne comporte aucune opinion incidente qui laisse entendre que la publication est une condition préalable de toute infraction à l'al.

majority and the minority recognize the need to consider the test for obscenity in cases of non-publications. The majority also recognized that s. 159(8) only applied to publications. Furthermore, some of the offences included in s. 159(1)(a) such as "possession for the purpose of publication, distribution or circulation" relate to a point of time before publication has occurred.

The real question raised in this case then is not whether there is a separate offence of making an obscene article, but whether the Crown in framing the indictment in this case has alleged the separate offence of making an obscene publication. The committing judge and the majority in the Court of Appeal considered the word "publication" in the indictment could be disregarded as mere surplusage. This approach left a simple charge of making an obscene photograph on which there was evidence which would warrant a committal.

The surplusage rule—by which a word or words in an indictment are said to be surplus in the sense that they need not be proved in order to procure a conviction—may not be applied where it would prejudice an accused. This matter was recently canvassed in this Court in *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, where Lamer J., speaking for the unanimous Court, reviewed the authorities on the question. He commenced his discussion with the statement, at p. 26:

Similarly, the "surplusage rule", which as noted above, is the converse of s. 510(3), must also be seen as subject to the proviso that the accused not be prejudiced in his or her defence.

Then after reviewing the apposite authorities he concluded, by saying, at p. 28:

In summary, the early Canadian cases on the "surplusage rule", e.g. *R. v. Coote* (1903), 8 C.C.C. 199

159(1)a). Au contraire, les juges formant la majorité et ceux formant la minorité reconnaissent, dans leurs motifs, qu'il est nécessaire d'analyser le critère d'obscénité dans les affaires où il n'est pas question de publications. Les juges formant la majorité ont également reconnu que le par. 159(8) ne s'applique qu'aux publications. En outre, certaines des infractions visées à l'al. 159(1)a) comme la «possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation» se rapportent à un moment antérieur à la publication.

Alors la véritable question qui se pose en l'espèce est de savoir non pas s'il existe une infraction distincte qui consiste à produire un objet obscène, mais si la poursuite en rédigeant l'acte d'accusation en l'espèce a allégué qu'il y a eu perpétration de l'infraction distincte qui consiste à produire une publication obscène. Le juge qui a ordonné le renvoi au procès et les juges formant la majorité en Cour d'appel ont considéré qu'on pouvait ne pas tenir compte du terme «publication» dans l'acte d'accusation, pour le motif qu'il était tout simplement superfétatoire. De cette attitude, il a résulté une simple accusation d'avoir produit une photographie obscène à l'égard de laquelle il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier le renvoi au procès.

La règle du superfétatoire—en vertu de laquelle un mot ou des mots d'un acte d'accusation sont censés être superflus en ce sens qu'ils constituent un élément qui n'a pas à être prouvé pour obtenir une déclaration de culpabilité — peut ne pas être appliquée dans le cas où elle causerait un préjudice à l'accusé. Cette question a récemment été examinée à fond par cette Cour dans *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, où le juge Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, a passé en revue la jurisprudence et la doctrine sur la question. Il a commencé son analyse par la déclaration suivante (à la p. 26):

De même, la règle du «superfétatoire» qui, comme je l'ai déjà souligné, constitue l'inverse du par. 510(3), doit aussi être considérée comme sujette à la condition que l'accusé ne subisse pas de préjudice dans sa défense.

Ensuite après avoir examiné la doctrine et la jurisprudence pertinentes, il a conclu en disant (à la p. 28):

En résumé, l'ancienne jurisprudence canadienne sur la règle du «superfétatoire», dont l'affaire *R. v. Coote*

(B.C.S.C.), do not specifically mention the issue of prejudice, but many of the more recent cases, specifically those noted above, expressly and repeatedly underline the issue of prejudice. Prejudice to the accused is in my view, a clear limitation to the invocation of the "surplusage rule".

It remains now to consider whether the treatment as surplusage of the word "publication" in the indictment before the Court would cause prejudice to the accused appellant. The word "publication", as used in the indictment, is capable of two differing meanings. It could have the meaning ascribed to the noun "publication", that is, "that which is published", or it could have the meaning of the verb "to publish". In either case an element of publication is introduced into the indictment. This being so, can it be said that the Crown has alleged the separate offence of making an obscene photograph? If the answer is "yes", the word "publication" must be disregarded. If the word is to be given any meaning, then something more than the mere making of an obscene photograph has been alleged. The accused could well have concluded that evidence of an intent to publish or evidence of actual publication would form a necessary part of the Crown's case. A finding that the word is largely surplus would surely prejudice an accused who had committed himself to a defence against an allegation involving publication. It may be possible on a detailed analysis of the meanings which could be attributed to the word "publication" in this context to conclude that no intent to publish or no actual publication is involved. This is not, however, the sort of exercise which should confront an accused in making his response to a criminal charge.

It is, therefore, my opinion that on the indictment as framed, evidence was required of publication or an intent to publish. The committal without such evidence cannot be sustained on the basis of the majority decision of this Court in *Skogman*, *supra*. I would therefore allow the appeal and restore the order of Osler J. quashing the committal.

(1903), 8 C.C.C. 199 (C.S.C.-B.), ne mentionne pas expressément la question du préjudice, mais une grande partie de la jurisprudence plus récente, notamment celle mentionnée ci-dessus, souligne expressément et à maintes reprises la question du préjudice. Le préjudice causé au prévenu limite clairement, à mon avis, le recours à la règle du «superfétatoire».

Il reste maintenant à examiner si le fait de considérer le terme «publication» comme superfétatoire dans l'acte d'accusation dont est saisie la Cour causerait un préjudice à l'accusé appelant. Le terme «publication» utilisé dans l'acte d'accusation peut avoir deux significations différentes. Il peut avoir le sens attribué au nom «publication», c.-à-d. «ce qui est publié», ou il peut avoir le sens du verbe «publier». Dans les deux cas on introduit un élément de publication dans l'acte d'accusation. Ainsi, peut-on dire que la poursuite a allégué la perpétration de l'infraction distincte qui consiste à produire une photographie obscène? Si la réponse est affirmative, on ne doit pas tenir compte du terme «publication». Si le terme doit avoir une signification, alors on a allégué quelque chose de plus que la simple production d'une photographie obscène. L'accusé pourrait bien avoir conclu que la preuve de l'intention de publier ou la preuve de la publication réelle formerait une partie nécessaire de la preuve de la poursuite. Une conclusion selon laquelle le terme est largement superflu causerait sûrement un préjudice à un accusé qui se serait engagé dans une défense contre une allégation où il est question de publication. Suite à une analyse détaillée des significations qui pourraient être attribuées au terme «publication» dans ce contexte, il est peut-être possible de conclure qu'il n'est question d'aucune intention de publier ni d'aucune publication réelle. Toutefois, ce n'est pas le genre d'exercice auquel devrait faire face un accusé en présentant sa réponse à une accusation criminelle.

En conséquence, je suis d'avis que, compte tenu du texte de l'acte d'accusation, il était nécessaire de faire la preuve de la publication ou de l'intention de publier. Le renvoi au procès sans une telle preuve ne peut être maintenu en fonction des motifs de cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Skogman*, précité. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du juge Osler annulant le renvoi au procès.

Before leaving this case, I would observe that the Crown was faced with a genuine dilemma in framing its indictment. The offence alleged is found in s. 159 of the *Criminal Code*. This section, in its various subsections, creates several offences relating to obscene objects. Some of them involve publication or some element of public exposure, others do not. The only definition of obscenity is in subs. (8). It refers only to publications. There is then no statutory provision defining obscenity applicable to non-published material.

The Crown in framing its indictment attempted to apply the section by characterizing the offending object as a publication—presumably, to invoke the definition of obscenity in subs. (8)—and described the offending object as a photograph. This approach led to the confusion which could have confronted the accused and which has led to the allowance of this appeal. The Crown's approach to this matter, in view of the wording of the section, may be understandable. The difficulty it creates, however, should not be visited upon the accused. Section 159 of the *Criminal Code*, by limiting the statutory definition of obscenity to publications, creates on its face a problem which, in my view, has been solved or at least accommodated in *Dechow, supra*. Its effect is to apply the definition of obscenity in s. 159(8) of the *Code* wherever the word is employed in the *Code*, whether for publication or not. This obviates the need for any use of the word "publication" in framing indictments where no publication is alleged. In the absence of a statutory amendment, this approach would give effect to s. 159, as a whole, and in my view should be adopted.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Patrick S. Duffy, Toronto.

Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Avant de terminer, je tiens à faire observer que la formulation de l'acte d'accusation posait un véritable dilemme au ministère public. L'infraction reprochée est prévue par l'art. 159 du *Code criminel*. Les différentes dispositions contenues dans cet article créent plusieurs infractions relatives à des objets obscènes. Certaines comportent un élément de publication ou quelque élément d'exposition en public, d'autres non. La seule définition de l'obscénité se trouve au par. (8). Elle ne vise que les publications. Il n'y a alors aucune disposition législative définissant l'obscénité qui soit applicable au matériel non publié.

En formulant l'acte d'accusation, le ministère public a tenté d'appliquer l'article en qualifiant de publication l'objet en cause—probablement pour invoquer la définition de l'obscénité que donne le par. (8)—et a décrit cet objet comme étant une photographie. Cette façon de procéder est à la source de la confusion à laquelle aurait pu faire face l'accusé et qui a fait que ce pourvoi est accueilli. La façon dont le ministère public a abordé la question peut être compréhensible compte tenu de la formulation de l'article. Toutefois, l'accusé ne doit pas être puni pour la difficulté qu'elle pose. En limitant la définition de l'obscénité aux publications, l'art. 159 du *Code criminel* crée lui-même un problème qui, selon moi, a été résolu ou auquel on a tout au moins remédié dans l'arrêt *Dechow*, précité. Il a pour effet d'appliquer la définition de l'obscénité que donne le par. 159(8) du *Code* dans tous les cas où le mot est employé dans le *Code*, qu'il soit question ou non de publication. Cela pare à la nécessité d'utiliser le mot «publication» en formulant un acte d'accusation dans lequel il n'est pas question d'une publication. En l'absence d'une modification législative, cette façon de procéder permettrait d'appliquer l'art. 159, dans son ensemble, et doit, à mon avis, être adoptée.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Patrick S. Duffy, Toronto.

Procureur de l'intimée: Ministère du procureur général, Toronto.

Canadian Pacific Limited *Appellant*;

and

Attorney General of Canada (Minister of National Revenue) *Respondent*.

File No.: 18422.

1986: January 30; 1986: May 22.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Unemployment insurance — Deduction and payment of premiums — Tips received by employer and paid to employees pursuant to agreement — Whether such tips should be taken into consideration in calculating unemployment insurance premiums payable by employer — Meaning of the expression “insurable earnings” — Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48 as amended, ss. 66, 68.

By an agreement appended to the collective agreement, appellant agreed to receive tips paid by its customers at banquets held in its establishment and subsequently distribute them to the employees. The tips were paid by customers of their own accord and none of the amounts were included in appellant's income. The Federal Court of Appeal, setting aside a decision by an umpire, held that these amounts should be taken into account in calculating the premiums payable by appellant under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Appellant challenged this ruling.

Held (Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Lamer, Le Dain and La Forest JJ.: The amounts paid as tips should be taken into account in calculating the unemployment insurance premiums payable by appellant. It is s. 66 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, not s. 68, which requires the payment of employer and employee premiums and fixes their amounts. They are fixed at a percentage of the “insurable earnings” of the employee. Section 68 deals only with the manner in which these premiums are to be collected. The expression “insurable earnings” takes in not only the salary paid by the employer but also the tips paid to the employer for distribution to his employees. In choosing the term “earnings” — *rémunération* in the French version — and not the commonly used terms “salary” or “wages”, Parliament expressed

Canadien Pacifique Limitée *Appelante*;

et

Le procureur général du Canada (le ministre du Revenu national) *Intimé*.

N° du greffe: 18422.

1986: 30 janvier; 1986: 22 mai.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Assurance-chômage — Retenue et paiement des cotisations — Pourboires reçus par l'employeur et versés aux employés conformément à une entente — Ces pourboires doivent-ils être pris en considération dans le calcul des cotisations d'assurance-chômage payables par l'employeur? — Sens de l'expression «rémunération assurable» — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48 et modifications, art. 66, 68.

Aux termes d'une entente annexée à la convention collective, l'appelante a convenu de recevoir les pourboires payés par ses clients à l'occasion des banquets tenus à son établissement et de les distribuer par la suite aux employés. Les pourboires étaient payés volontairement par les clients et aucun de ces montants n'entrait dans les revenus de l'appelante. La Cour d'appel fédérale, cassant la décision d'un juge-arbitre, a statué que ces sommes devaient être prises en considération dans le calcul des cotisations payables par l'appelante en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. L'appelante conteste cette décision.

Arrêt (les juges Beetz, McIntyre et Chouinard sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Le Dain et La Forest: Les sommes versées à titre de pourboire doivent être prises en considération dans le calcul des cotisations d'assurance-chômage payables par l'appelante. C'est l'art. 66 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, et non l'art. 68, qui impose le paiement des cotisations ouvrières et patronales et qui fixe les montants. Ces montants sont fixés à un pourcentage de la «rémunération assurable» de l'assuré. L'article 68 ne vise que le mode de perception de ces cotisations. L'expression «rémunération assurable» englobe non seulement le salaire payé par l'employeur mais aussi les pourboires versés à l'employeur pour distribution aux employés. En choisissant le terme «rémunération» — *earnings* dans la version anglaise — et non pas celui communément utilisé

its intention to give the expression "insurable earnings" a broader meaning than just the fixed salary attached to the job. The provisions of the Act and the regulations support this interpretation, which is also consistent with the purpose of the Act.

Per Beetz, McIntyre and Chouinard JJ., *dissenting*: Section 68(1) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* provides that "Every employer paying remuneration to a person employed by him ... shall deduct ... the employee's premium ... and remit it together with the employer's premium ... to the Receiver General". The obligation to deduct and remit premiums, imposed by this subsection, relates to the remuneration paid by the employer, not what the employees may receive from some other source. The provisions of the implementing regulations support this interpretation, which is quite consistent with s. 66 of the Act fixing the amount of premiums. In the case at bar, the disputed amounts were paid not by appellant but by its customers. They therefore could not be taken into account in calculating the unemployment insurance premiums payable by appellant.

Cases Cited

By the majority

Penn v. Spiers & Pond Ltd., [1908] 1 K.B. 766; *Great Western Railway Co. v. Helps*, [1918] A.C. 141; *Association des employés civils v. Minister of National Revenue*, NR 1168, March 29, 1983; *Skailles v. Blue Anchor Line Ltd.*, [1911] 1 K.B. 360; *Dilworth v. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99; *Robinson v. Local Board of Barton-Eccles* (1883), 8 App. Cas. 798, referred to.

By the minority

Penn v. Spiers & Pond Ltd., [1908] 1 K.B. 766; *Great Western Railway Co. v. Helps*, [1918] A.C. 141; *Association des employés civils v. Minister of National Revenue*, NR 1168, March 29, 1983.

Statutes and Regulations Cited

Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, ss. 2(1)(k), 3(1)(a), 24(1) [rep. & repl. 1974-75-76 (Can.), c. 80, s. 6; rep. & repl. 1976-77 (Can.), c. 54, s. 35], 62 [am. 1976-77 (Can.), c. 54, s. 50], 66 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 80, s. 24], 68 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 80, s. 25], 75(2), 90(1)(g), (i).

Unemployment Insurance (Collection of Premiums) Regulations, C.R.C. 1978, c. 1575, ss. 2(2), 3(1), 7, 12.

de salaire ou gages, le Parlement a indiqué son intention de donner à l'expression «rémunération assurable» une portée plus large que le seul salaire fixe attaché à l'emploi. Les dispositions de la Loi et du règlement appuient cette interprétation qui est également conforme à l'objectif de la Loi.

Les juges Beetz, McIntyre et Chouinard, dissidents: Le paragraphe 68(1) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* prévoit que «Tout employeur qui paie une rémunération à une personne ... à son service ... doit retenir la cotisation ouvrière ... et doit la verser au receveur général avec la cotisation patronale correspondante». L'obligation imposée par ce paragraphe de retenir et de verser des cotisations porte sur la rémunération que paie l'employeur et non sur ce que les employés peuvent recevoir d'une autre source. Les dispositions du règlement d'application appuient cette interprétation qui se concilie bien également avec l'art. 66 de la Loi qui fixe la quotité des cotisations. En l'espèce, les sommes contestées n'ont pas été payées par l'appelante mais par ses clients. Ces sommes ne peuvent donc pas être prises en considération dans le calcul des cotisations d'assurance-chômage payables par l'appelante.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts mentionnés: *Penn v. Spiers & Pond Ltd.*, [1908] 1 K.B. 766; *Great Western Railway Co. v. Helps*, [1918] A.C. 141; *Association des employés civils c. Ministre du Revenu national*, NR 1168, 29 mars 1983; *Skailles v. Blue Anchor Line Ltd.*, [1911] 1 K.B. 360; *Dilworth v. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99; *Robinson v. Local Board of Barton-Eccles* (1883), 8 App. Cas. 798.

Citée par la minorité

Penn v. Spiers & Pond Ltd., [1908] 1 K.B. 766; *Great Western Railway Co. v. Helps*, [1918] A.C. 141; *Association des employés civils c. Ministre du Revenu national*, NR 1168, 29 mars 1983.

Lois et règlements cités

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 2(1)(k), 3(1)(a), 24(1) [abr. & rempl. 1974-75-76 (Can.), chap. 80, art. 6; abr. & rempl. 1976-77 (Can.), chap. 54, art. 35], 62 [mod. 1976-77 (Can.), chap. 54, art. 50], 66 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 80, art. 24], 68 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 80, art. 25], 75(2), 90(1)(g), (i).

Règlement sur l'assurance-chômage (perception des cotisations), C.R.C. 1978, chap. 1575, art. 2(2), 3(1), 7, 12.

Authors Cited

Driedger, E. *The Composition of Legislation*, Ottawa, Queen's Printer, 1957.
Le Petit Robert, Paris, Le Robert, 1984, "rétribution".
Maxwell on Interpretation of Statutes, 12th ed., by P. St. J. Langan, London, Sweet & Maxwell, 1969.
 Pigeon, L.-P. *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Imprimeur de la Reine, 1965.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1984] 1 F.C. 859, which set aside a decision by Dubinsky J., NR 1207, sitting as an umpire pursuant to s. 84 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Appeal dismissed, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. dissenting.

Denis Courcy and Robert Décary, for the appellants.

Alban Garon, Q.C. and Daniel Verdon, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, Le Dain and La Forest was delivered by

LA FOREST J.—The *Unemployment Insurance Act, 1971*, 1970-71-72 (Can.), c. 48, as the name implies, establishes a scheme that provides for cash payments to persons exercising an insurable employment on the termination of their employment. The necessary monies are derived in part from premiums paid by the employees and their employers. These premiums, fixed each year by the Unemployment Insurance Commission established under the Act, are calculated in terms of a percentage of the "insurable earnings" of the employees in that year. This is effected pursuant to s. 62 of the Act, which reads as follows:

62. (1) In respect of each year, the Commission shall, subject to approval by the Governor in Council, fix the rates of premium that persons employed in insurance employment and the employers of such persons will be required to pay in that year to raise an amount equal to the adjusted basic cost of benefit under this Act in that year as that cost is determined under section 63.

(2) The rates of premium for a year shall be calculated in terms of a percentage of the insurable earnings in that year and the employees' premiums for that year shall be a like percentage for all insured persons.

Doctrine citée

Driedger, E. *The Composition of Legislation*, Ottawa, Queen's Printer, 1957.
Le Petit Robert, Paris, Le Robert, 1984, «rétribution».
^a *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12th ed., by P. St. J. Langan, London, Sweet & Maxwell, 1969.
 Pigeon, L.-P. *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Imprimeur de la Reine, 1965.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1984] 1 C.F. 859, qui a infirmé la décision du juge Dubinsky, NR 1207, siégeant en tant que juge-arbitre en vertu de l'art. 84 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Pourvoi rejeté, ^c les juges Beetz, McIntyre et Chouinard sont dissidents.

Denis Courcy et Robert Décary, pour l'appellante. ^d

Alban Garon, c.r., et *Daniel Verdon*, pour l'intimé.

^e Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, Le Dain et La Forest a été rendu par

LE JUGE LA FOREST—La *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, comme l'indique son nom, crée un régime qui prévoit le paiement de prestations en espèces aux personnes exerçant un emploi assurable en cas de cessation de leur emploi. Les fonds requis proviennent en partie de cotisations des employés et de leurs employeurs. Ces cotisations, fixées pour chaque année par la Commission d'assurance-chômage établie par la Loi, sont exprimées en pourcentages des «rémunérations assurables» des employés pour l'année. Ceci est fait en vertu de ^h l'art. 62 de la Loi, que voici:

62. (1) Pour chaque année, la Commission fixe, sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil, les taux de cotisations que les personnes exerçant un emploi assurable et leurs employeurs devront verser au cours de l'année pour couvrir le coût de base réajusté des prestations de la présente loi au cours de l'année, déterminé en vertu de l'article 63.

^j (2) Les taux de cotisations d'une année sont exprimés en pourcentages des rémunérations assurables de l'année et le pourcentage des cotisations ouvrières de l'année est le même pour tous les assurés.

(3) The percentage of insurable earnings for a year that will constitute the employers' premiums for that year shall be determined in accordance with section 64.

The issue raised in this case relates to the manner in which these premiums are to be calculated. More precisely, as Pratte J. of the Federal Court of Appeal put it, [1984] 1 F.C. 859, at p. 860, "in calculating these premiums, is it necessary to take into consideration amounts which an employer paid its employees after receiving them from its customers, who had paid them to the employer of their own accord, to be distributed to the employees as tips?"

The appellant, Canadian Pacific Limited, operates several hotels, including the Château Frontenac in Quebec City. The collective agreement that governed the labour relations of the employees at the Château Frontenac at the relevant time stipulated that it was agreed that when the organizer of a function such as a convention or a banquet leaves tips to the hotel for distribution, eighty percent (80%) of these tips are to be distributed by the hotel to the employees governed by the collective agreement who have worked during these functions.

In compliance with this stipulation, the appellant distributed certain monies to its employees. It is undisputed that these amounts came from clients of the appellant who, without any obligation on their part, paid them to the appellant for distribution to its employees as tips. The Minister of National Revenue took these amounts into consideration in calculating the premiums that the appellant was required to pay for the year 1978.

Following this determination, the appellant, in accordance with s. 75(2) of the Act, asked the Minister to reconsider the matter but the latter confirmed the determination. The appellant then appealed to the umpire, Dubinsky J., who decided that the amounts paid by the appellant's clients for distribution to his employees should not be considered in calculating the amount of premiums payable by the appellant pursuant to the Act. This decision was subsequently reversed by the Federal Court of Appeal. The appellant appeals from the latter decision.

(3) Le pourcentage des rémunérations assurables d'une année représentant les cotisations patronales de l'année est déterminé conformément à l'article 64.

« Ce pourvoi soulève la question du calcul de ces cotisations. Plus précisément, comme l'exprime le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale, [1984] 1 C.F. 859 à la p. 860, «faut-il, dans le calcul de ces cotisations, prendre en considération les sommes qu'un employeur a versées à ses employés après les avoir reçues de ses clients qui les lui avaient payées volontairement pour qu'il en fasse la distribution aux employés à titre de pourboires?»

L'appelante, Canadien Pacifique Limitée, exploite plusieurs hôtels, y compris le Château Frontenac à Québec. La convention collective qui régissait les conditions de travail des employés du Château Frontenac à l'époque qui nous intéresse, stipulait qu'il était convenu que lorsque l'organisateur d'une réunion telle qu'une convention ou un banquet laisse des pourboires à l'hôtel pour distribution, quatre-vingts pour cent (80%) de ces pourboires seront distribués par l'hôtel aux employés régis par la convention collective qui auront travaillé lors de ces réunions.

Conformément à cette stipulation, l'appelante a distribué certaines sommes à ses employés. Il est constant que ces montants provenaient de clients de l'appelanté qui, sans obligation de leur part, les lui avaient versés pour qu'elle en fasse la distribution à ses employés à titre de pourboires. Le ministre du Revenu national a pris ces montants en considération en calculant les cotisations que devait payer l'appelante pour l'année 1978.

Suite à cette évaluation, l'appelante, en conformité avec l'art. 75(2) de la Loi, a demandé au Ministre de la reconsidérer et celui-ci l'a confirmée. L'appelante a alors interjeté appel devant le juge-arbitre Dubinsky qui décida que les sommes payées par les clients de l'appelante pour distribution à ses employés ne devaient pas être comprises dans le calcul du montant des cotisations payables par l'appelante en vertu de la Loi. Cette décision fut par la suite infirmée par la Cour d'appel fédérale. L'appelante se pourvoit contre cette décision.

The umpire was of the view that s. 68 of the Act defined the amount of the premiums the employer was required to pay. The Federal Court of Appeal, however, was of the view that the relevant provision was s. 66. For the reasons that follow, I am in complete agreement with the Court of Appeal.

The relevant portions of ss. 66 and 68 read as follows:

66. (1) Every person shall, for every week during which he is employed in insurable employment, pay, by deduction as provided in Part IV, an amount equal to such percentage of his insurable earnings as is fixed by the Commission as the employee's premium for the year in which that week occurs.

(2) Every employer shall, for every week during which a person is employed by him in insurable employment, pay, in respect of that person and in the manner provided in Part IV, an amount equal to such percentage of that person's insurable earnings as is fixed by the Commission as the employer's premium payable by employers or a class of employers of which the employer is a member, as the case may be, for the year in which that week occurs.

68. (1) Every employer paying remuneration to a person employed by him in insurable employment shall deduct from such remuneration an amount equal to the employee's premium payable by that insured person under section 66 for any week or weeks in respect of which such remuneration is paid and remit it together with the employer's premium payable by the employer under section 66 for such week or weeks to the Receiver General at such time and in such manner as is prescribed by the regulations.

My first remarks relate to the scheme of the Act. Section 66 appears in Part III which is entitled "Contributory Premiums". Section 68 appears in Part IV which is entitled "Collection of Premiums". I would note that titles, unlike marginal notes, are an integral part of the Act; see Elmer Driedger, *The Composition of Legislation* (1957), at p. 103. As one would expect, Part III deals with the substance of the law regarding premiums. In fact, it contains a series of provisions whose object, according to the relevant title, is "determining premiums". These include s. 62 already cited. This section, we saw, provides that the Commission must fix the amount of premiums in terms of a percentage of the insurable earnings

Pour le juge-arbitre, c'est l'art. 68 de la Loi qui définit le montant des cotisations que doit payer l'employeur. La Cour d'appel fédérale, pour sa part, est d'opinion que la disposition applicable est l'art. 66. Pour les motifs qui suivent je suis complètement d'accord avec la Cour d'appel.

Les dispositions des art. 66 et 68 qui nous intéressent se lisent comme suit:

66. (1) Toute personne doit, pour toute semaine au cours de laquelle elle exerce un emploi assurable, payer par voie de retenue prévue à la Partie IV, une somme égale au pourcentage de sa rémunération assurable que fixe la Commission à titre de cotisation ouvrière pour l'année dans laquelle est comprise cette semaine.

(2) Tout employeur doit, pour toute semaine au cours de laquelle une personne exerce à son service un emploi assurable, payer pour cette personne et de la manière prévue à la Partie IV une somme égale au pourcentage de sa rémunération assurable que fixe la Commission à titre de cotisation patronale payable, selon le cas, par les employeurs ou par une catégorie d'employeurs dont cet employeur fait partie pour l'année dans laquelle est comprise cette semaine.

68. (1) Tout employeur qui paie une rémunération à une personne exerçant, à son service, un emploi assurable doit retenir sur cette rémunération la cotisation ouvrière payable par cet assuré en vertu de l'article 66 pour la ou les semaines pour lesquelles cette rémunération est payée et doit la verser au receveur général avec la cotisation patronale correspondante payable en vertu de l'article 66, au moment et de la manière que prescrivent les règlements.

Ma première observation se rapporte à la structure de la Loi. L'article 66 se trouve dans la Partie III qui est intitulée «Cotisations». L'article 68, lui, se trouve dans la Partie IV qui est intitulée «Perception des cotisations». J'ajoute que les titres, contrairement aux notes marginales, forment partie intégrante de la Loi; voir Elmer Driedger, *The Composition of Legislation* (1957), à la p. 103. Comme on pourrait s'y attendre, la Partie III traite du fond de la Loi en matière de cotisations. En effet, on y trouve une série d'articles qui ont pour objet, selon le titre applicable, la «détermination des cotisations», dont l'art. 62 précité. Cet article, nous l'avons vu, prévoit que la Commission doit fixer le montant des cotisations exprimé en

of the employee. Section 66, as I have just noted, also appears there.

Even without reference to the scheme of the Act, a mere reading of s. 66, as Pratte J. observes, clearly indicates that it is this provision that requires payment of premiums and fixes their amounts. In addition, it directs us to the part of the law that prescribes the method of collecting them. Section 66(1) deals with employee premiums while s. 66(2) deals with those imposed on employers. They are parallel provisions and I shall restrict my remarks to s. 66(2) which directly applies in this case.

This provision requires, first of all, that every employer shall deduct and pay to the Receiver General an amount equal to the percentage of "insurable earnings" of the employee fixed by the Commission as the employer's premium. It also prescribes the manner in which these premiums are to be collected, namely "in the manner provided in Part IV" in which, it will be remembered, s. 68 appears.

Let us now look more closely at s. 68(1) which constitutes the main provision in Part IV which, we saw, deals with the "collection of premiums". This provision applies to "every employer paying remuneration to a person employed by him in an insurable employment". This obviously includes the appellant. Section 68(1), therefore, requires the appellant to deduct from the remuneration of his employees the premium payable by these employees and to pay them to the Receiver General along with premiums payable by the employer by virtue of s. 66 which, we saw, provides that these premiums are to be equal to certain percentages of the "insurable earnings" of an employee.

What is important to determine, therefore, is the meaning of the expression "insurable earnings" in the English version of the Act, "*rémunération assurable*" in the French version. These expressions may not be entirely precise, though it seems to me that they would have a broader meaning than, for example, salary. Pratte J. gave them a broad meaning. He relied especially on two Eng-

pourcentages des rémunérations assurables des employés. On y trouve également, comme je viens de le signaler, l'art. 66.

a Même sans s'appuyer sur la structure de la Loi, la simple lecture de l'art. 66, comme le dit le juge Pratte, indique clairement que c'est lui qui impose le paiement des cotisations et fixe leurs montants. En plus, il nous amène à la partie de la Loi qui b prescrit le mode de perception. Le paragraphe 66(1) traite des cotisations des employés tandis que le par. 66(2) traite de celles perçues des employeurs. Ce sont des dispositions parallèles et je me limite à une discussion du par. 66(2) qui est c celui spécifiquement en jeu dans cette affaire.

Cette disposition ordonne d'abord que tout employeur retienne et verse au receveur général une somme égale au pourcentage de la «rémunération assurable» de l'employé que fixe la Commission à titre de cotisation patronale. Elle précise aussi la façon de percevoir ces cotisations, soit «de la manière prévue à la Partie IV» où, on s'en souviendra, se trouve l'art. 68.

Examinons de plus près maintenant le par. 68(1) qui constitue la disposition principale de la Partie IV qui, nous l'avons vu, traite de la «perception des cotisations». Cette disposition s'adresse à «tout employeur qui paie une rémunération à une personne exerçant, à son service, un emploi assurable», y compris évidemment l'appelante. Le paragraphe 68(1) ordonne, donc, à l'appelante de retenir sur la rémunération de ses employés les cotisations payables par les employés, et de les verser au receveur général avec la cotisation patronale payable en vertu de l'art. 66 qui, nous l'avons vu, prévoit que ces cotisations sont égales à certains pourcentages de la «rémunération assurable» d'un employé.

Donc ce qu'il est important de déterminer est la signification de l'expression «rémunération assurable» dans la version française de la Loi, «*insurable earnings*» dans la version anglaise. Ces expressions manquent peut-être de précision, bien qu'il me semble pour ma part qu'elles ont une portée plus large que, par exemple, salaire. Le juge Pratte leur a donné un sens large. Il s'est surtout appuyé sur

lish decisions where the expression "earnings" was used, one, *Penn v. Spiers & Pond Ltd.*, [1908] 1 K.B. 766, by the English Court of Appeal and the other, *Great Western Railway Co. v. Helps*, [1918] A.C. 141, by the House of Lords.

In *Penn v. Spiers & Pond Ltd.*, *supra*, the English Court of Appeal was faced with a question similar to that in the present case, namely: in calculating compensation payable under the English *Workmen's Compensation Act* of the time, must one take into consideration tips received by the employee? The relevant provision required that the compensation be calculated in terms of "earnings in the employment". The court decided that tips came within the purview of this expression. Cozens-Hardy, M.R., giving the judgment of the court, stated (at p. 769):

It has often been pointed out in this Court that the measure of compensation under the Act is not wages, but earnings. This is conceded by the respondents, who admit that the value of the board must be taken into account. It is not every kind of earnings which can be taken into account. They must be earnings in the employment. If the workman by the exercise of his talents during his leisure hours, as, say, a conjurer or a musician, gains money, the money thus gained will increase his income, but not his "earnings", within the Act. "Earnings in the employment" do not always come from the employer. It is common knowledge that there are many classes of employees whose remuneration is derived largely from strangers. A hall porter at an hotel and a driver of a postchaise are sufficient illustrations. It would be absurd to say that the money received from the hotelkeeper or the post-master alone represents the rate per week at which the workman was being remunerated.

The House of Lords came to the same conclusion in *Great Western Railway Co. v. Helps*, *supra*. Here is what Lord Dunedin says of the matter, on p. 145:

The whole point, therefore, is, do these tips fall within the statutory expression of "earnings"? If you were to ask a person in ordinary common parlance what this porter earned, the answer would be: "Well, I will tell you what he gets; he gets so much wages from his employers, and he gets on an average so much in tips".

deux décisions anglaises, une de la Cour d'appel d'Angleterre, *Penn v. Spiers & Pond Ltd.*, [1908] 1 K.B. 766 et l'autre de la Chambre des lords, *Great Western Railway Co. v. Helps*, [1918] A.C. 141, où on s'était servi de l'expression *earnings*.

Dans l'affaire *Penn v. Spiers & Bond, Ltd.*, précitée, la Cour d'appel d'Angleterre était saisie d'une question semblable à celle en l'espèce, soit: fallait-il dans le calcul des indemnités payables en vertu de la *Workmen's Compensation Act* alors en vigueur en Angleterre, prendre en considération les pourboires reçus par l'employé? La disposition applicable exigeait que le calcul de ces indemnités se fasse en fonction des «*earnings in the employment*». La Cour décida que les pourboires étaient compris dans cette expression. Prononçant le jugement de la Cour, le maître des rôles Cozens-Hardy a dit (à la p. 769):

[TRADUCTION] On a souvent fait remarquer à la Cour que l'indemnité prévue par la Loi ne représente pas un salaire, mais bien des gains. Les intimés en conviennent et admettent qu'il faut prendre en considération la valeur du logement. Cependant, il ne faut pas nécessairement prendre en considération toutes les sortes de gains. Il doit s'agir de gains provenant d'un emploi. Si un employé gagne de l'argent durant ses heures de loisir en exerçant ses talents comme, disons, prestidigitateur ou musicien, l'argent ainsi gagné augmentera son revenu, mais non ses «gains» au sens de la Loi. Tous les «gains provenant d'un emploi» ne viennent pas nécessairement de l'employeur. On sait bien qu'un grand nombre de catégories d'employés tirent une bonne part de leur rémunération d'étrangers. Mentionnons à titre d'exemples le portier d'hôtel et le conducteur de chaises de poste. Il serait absurde d'avancer que seul l'argent reçu de l'hôtelier ou du receveur des postes représente le taux hebdomadaire auquel l'employé est rémunéré.

Dans l'arrêt *Great Western Railway Co. v. Helps*, précité, la Chambre des lords est arrivée à la même conclusion. Voici ce qu'en dit lord Dunedin, à la p. 145:

[TRADUCTION] La question essentielle est donc de savoir si ces pourboires sont compris dans le terme «gains» qu'emploie la Loi. Si vous demandez à une personne de vous dire en langage ordinaire ce que gagne un portier, elle vous répondra: «Bien, je vous dirai ce qu'il reçoit: il reçoit une certaine somme en salaire de son employeur et il reçoit en moyenne une certaine somme en pourboires.»

My Lords, it has been sought in the argument addressed for the appellants to limit the meaning of "earnings", to what the workman gets by what I may call direct contract from his employers. The simple answer is that the statute does not say so; it uses the general term "earnings" instead of the term "wages" or the expression "what he gets from his employer", and as a matter of fact the employer, in a case where there is a known practice of giving tips, obviously gets the man for rather less direct wages than he would if there was not that other source of remuneration to the man when he is in his post.

That Parliament used the word "earnings" in the English version is clearly indicative of its intention having regard to decisions on the meaning of the word in a statute of the same nature, i.e., one dealing with social security. It should be noted that the *Unemployment Insurance Act, 1971* also provides that benefits payable to employees who have lost their employment are to be calculated in terms of a percentage of their insurable earnings. Section 24(1), as amended by 1976-77 (Can.), c. 54, s. 35, reads as follows:

24. (1) The rate of weekly benefit payable to a claimant for a week of unemployment that falls in his benefit period is an amount equal to sixty-six and two-thirds per cent of his average weekly insurable earnings in his qualifying weeks.

(Emphasis added.)

In this country, Marceau J., acting as umpire in the case of *Association des employés civils v. Minister of National Revenue*, NR 1168, March 29, 1983, came to the same conclusion in a case having considerable similarities to the present. He made the following observations:

In choosing the term "remuneration", and not the commonly used terms "salary" or "wages", Parliament certainly wanted to express its intention to cover more than just the fixed salary attached to the job, and this "more than just the salary" can only be the amounts, calculated as a percentage or on some other basis, that an employee receives from his employer, over and above a basic salary, in return for the services he provides. The method chosen by the employer to obtain from his clients the amounts which he is to pay to his employees (a percentage included in the calculation of a total price

Vos Seigneuries, les appelants vous demandent, dans leur plaidoirie, de limiter le sens du mot «gains» à ce que l'employé reçoit par, ce que j'appellerais, un contrat direct avec ses employeurs. Il suffit de répondre que ce n'est pas ce que dit la Loi: elle emploie le terme général «gains» plutôt que «salaires» ou que l'expression «ce qu'il reçoit de son employeur»; pratiquement, l'employeur, dans les cas où il est commun de donner des pourboires, engage, de toute évidence, un employé pour un salaire moindre qu'il ne l'aurait fait si cette autre source de rémunération n'avait pas été offerte à l'homme qui occupe ce poste.

Le fait que le législateur se soit servi du mot *earnings* dans la version anglaise, compte tenu de ces décisions sur la signification du mot dans une loi du même genre, c'est-à-dire une loi touchant la «sécurité sociale», est certainement une indication de son intention. Il est à noter que la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* elle aussi prévoit que les prestations aux personnes qui ont perdu leur emploi seront versées en fonction d'un pourcentage de leur rémunération assurée. Le paragraphe 24(1), modifié par 1976-77 (Can.), chap. 54, art. 35, se lit comme suit:

24. (1) Le taux des prestations hebdomadaires qui peuvent être servies à un prestataire pour une semaine de chômage qui tombe dans sa période de prestations est une somme égale à soixante-six et deux tiers pour cent de sa rémunération hebdomadaire assurée moyenne au cours de ses semaines de référence.

(C'est moi qui souligne.)

Au Canada, dans l'affaire *Association des employés civils c. Ministre du Revenu national*, NR 1168, 29 mars 1983, où on a traité d'une situation très semblable à celle en l'espèce, le juge Marceau, agissant comme juge-arbitre, en est arrivé à la même conclusion. Il a tenu les propos suivants:

En choisissant le terme rémunération et non pas celui communément utilisé de salaire ou gages, le Parlement a certes voulu exprimer sa volonté d'atteindre plus que le seul salaire fixe attaché à l'emploi et ce «plus que le seul salaire» ainsi visé ne peut être que les sommes calculées à pourcentage ou autrement qu'un employé reçoit de son patron, par-delà un salaire de base, en contrepartie des services qu'il fournit. La façon adoptée par le patron pour obtenir de ses clients ces sommes qu'il doit payer à ses employés (pourcentage inclus dans le calcul d'un prix global ou ajouté à un prix de base) et le fait que

or added to a basic price), and the fact that the size of the amount remains to be determined, have nothing to do with the question; what matters is that these are amounts payable and promised by the employer in return for the employee's work.

The conclusion I have arrived at is, in my view, strongly supported by other provisions of the Act. Section 3(1) defines insurable employment in the following terms:

3. (1) Insurable employment is employment that is

...

(a) employment in Canada by one or more employers, under any express or implied contract of service or apprenticeship, written or oral, whether the earnings of the employed person are received from the employer or some other person and whether the earnings are calculated by time or by the piece, or partly by time and partly by the piece, or otherwise;

(Emphasis added.)

See also s. 2(1)(k) which defines "insurable earnings" as comprising "the total amount of the earnings from insurable employment".

The regulations adopted under s. 90(1)(i) of the Act also support my view. This section gives the Minister power to make regulations, and in particular:

90. (1) The Minister may ... make regulations

(g) for defining and determining earnings and pay period;

(i) for calculating and determining the amount of insurable earnings of insured persons and the amount of premiums payable;

By virtue of this provision, the Minister established a regulation that gives greater precision to the meaning of the expression "insurable earnings" in the following manner:

3. (1) The amount from which an insured person's insurable earnings shall be determined is the amount of his remuneration, whether wholly or partly pecuniary, paid by his employer in respect of a pay period, and includes

(a) any amount paid to him by his employer as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of

leur quotité reste à déterminer n'ont rien à voir; ce qui importe est qu'il s'agisse de sommes payables et promises par le patron en contrepartie du travail de l'employé.

a

La conclusion à laquelle j'en suis venu est, à mon avis, fortement appuyée par d'autres dispositions de la Loi. Le paragraphe 3(1), par exemple, définit un emploi assurable notamment en ces termes:

b

3. (1) Un emploi assurable est un emploi ... qui est

c

a) un emploi exercé au Canada pour un ou plusieurs employeurs, en vertu d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage exprès ou tacite, écrit ou verbal, que l'employé reçoive sa rémunération de d'employeur ou d'une autre personne et que la rémunération soit calculée soit au temps ou aux pièces, soit en partie au temps et en partie aux pièces, soit de quelque autre manière;

d

(C'est moi qui souligne.)

Voir aussi l'al. 2(1)k qui définit «rémunération assurable» comme étant «le total de la rémunération ... provenant de tout emploi assurable».

e

Les règlements adoptés en vertu de l'al. 90(1)i de la Loi appuient aussi mon point de vue. Cet article donne au Ministre le pouvoir d'établir des règlements, en particulier:

f

90. (1) Le Ministre peut ... établir des règlements

g

g) concernant la définition et la détermination de la rémunération et de la période de paie;

h

i) prévoyant la façon de déterminer le montant de la rémunération assurable des assurés et celui des cotisations à payer;

En vertu de cette disposition, le Ministre a établi un règlement qui précise la signification de l'expression «rémunération assurable» de la façon suivante:

i

3. (1) Le montant qui sert à déterminer la rémunération assurable d'un assuré est le montant de la rétribution, qu'elle soit entièrement ou partiellement versée en espèces, qui lui est payée par son employeur pour une période de paie, et comprend

j

a) toute somme que lui paie son employeur au titre, au lieu ou en règlement

(i) a bonus, gratuity, retroactive pay increase, share of profits, accumulative overtime settlement or an award.

(Emphasis added.)

The opening words of this provision raise the question regarding the meaning of the word earnings that has already been discussed. The expression "remuneration . . . paid by his employer" in the English version, "*rétribution . . . qui lui est payée par son employeur*" in the French version, may also appear equivocal. According to *Le Petit Robert* (1984), *rétribution* means "*ce que l'on gagne par son travail*", a definition that does not give much assistance. But the word "remuneration" in the English version throws more light on the subject. In *Skailles v. Blue Anchor Line Ltd.*, [1911] 1 K.B. 360, the English Court of Appeal interpreted this expression for the purposes of the *Workmen's Compensation Act* of the time as comprising not only a bonus paid to a purser by his employer, but also the profits from the sale of liquor to passengers on board. If one adopts this approach, it seems to me that the word can also include a tip paid to the employer for distribution to his employees. As to the word "paid", which can equally well mean mere distribution by the employer or payment of a debt owing by him, I would simply observe that if one gives the word "remuneration" a broad meaning, one must also give a broad meaning to the word "paid".

However that may be, the meaning of the word earnings is not restricted to the situations falling squarely within the opening words of s. 3(1). The various paragraphs of the provision enumerate a whole series of benefits that accrue to the employee by reason of his employment. These paragraphs serve to clarify or to add to what is comprised in the opening words. This approach is supported by numerous cases, the effect of which is summarized in the following passage from *Maxwell on Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969) at p. 270:

(i) d'un boni, d'une gratification, d'une augmentation de rémunération avec effet rétroactif, d'une participation aux bénéfiques, du paiement d'heures supplémentaires accumulées ou d'une sentence arbitrale.

(C'est moi qui souligne.)

Le préambule de cet article soulève la même question concernant la signification du mot rémunération dont on a déjà parlé. En plus, l'expression «rétribution . . . qui lui est payée par son employeur» dans la version française, «*remuneration . . . paid by his employer*» dans la version anglaise, peut sembler équivoque. Selon *Le Petit Robert* (1984), «rétribution» signifie «ce que l'on gagne par son travail», ce qui ne nous éclaire pas tellement. Mais nous avons plus d'éclaircissement sur le mot *remuneration* qui se trouve dans la version anglaise. Dans l'arrêt *Skailles v. Blue Anchor Line Ltd.*, [1911] 1 K.B. 360, la Cour d'appel d'Angleterre a interprété cette expression, pour les fins de la *Workmen's Compensation Act* de l'époque, comme englobant non seulement une prime payée au commissaire d'un navire par son employeur mais aussi les profits de vente d'alcool aux voyageurs. Si nous acceptons cette façon de voir ce mot, il me semble qu'il peut aussi bien comprendre un pourboire qui a été versé à l'employeur pour distribution à ses employés. Quant au mot «payer» qui peut aussi bien signifier une simple distribution par l'employeur que le paiement d'une créance de l'employeur, je souligne simplement que si on donne au mot «rétribution» une portée large, il faut aussi donner une signification large au mot «payer».

Quoi qu'il en soit, la signification du mot rémunération n'est pas restreinte aux seules situations comprises dans le préambule du par. 3(1). Les alinéas de cette disposition énumèrent toute une série de bénéfiques qui reviennent à l'employé en raison de son emploi. Ceux-ci servent à clarifier ou même à ajouter à ce qui est compris dans le préambule. Une jurisprudence constante appuie cette façon de voir. Un passage dans *Maxwell on Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969) nous en donne un résumé à la p. 270:

Sometimes, it is provided that a word shall “mean” what the definition section says it shall mean: in this case, the word is restricted to the scope indicated in the definition section. Sometimes, however, the word “include” is used “in order to enlarge the meaning of words or phrases occurring in the body of the statute; and when it is so used these words or phrases must be construed as comprehending, not only such things as they signify according to their natural import, but also those things which the interpretation clause declares that they shall include.” In other words, the word in respect of which “includes” is used bears both its extended statutory meaning and “its ordinary, popular, and natural sense whenever that would be properly applicable.”

Maxwell cites the following cases in support of his position: *Dilworth v. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99, Lord Watson at pp. 105-06; *Robinson v. Local Board of Barton-Eccles* (1883), 8 App. Cas. 798, *per* Earl of Selborne L.C. at p. 801.

Our leading Canadian experts in the field of legislation are of the same view. The late Elmer Driedger in his book, *The Composition of Legislation* (1957), at p. 48, states the following:

But it is in order in some cases to define a word as *meaning* one thing and *including* another.

“securities” *means* securities of Canada and *includes* bonds, notes, deposit certificates, non-interest bearing certificates, debentures, treasury bills, treasury notes and any other security representing part of the public debt of Canada.

This is in reality a double definition. First *securities* is particularized, and then doubts are removed.

See also at pp. 43-44 where he indicates that the word “includes” may be used to enlarge or clarify the meaning of a word.

Professor Louis-Philippe Pigeon, later a member of this Court, expresses the same view in his book entitled *Rédaction et interprétation des lois* (1965), at p. 21 in the following passage:

[TRANSLATION] “Designates” or “means” indicates a restrictive definition: in other words, a definition which limits the meaning of the word to what is mentioned in

[TRADUCTION] Dans certains cas, on dit qu’un mot «signifie» ce que la définition dit qu’il signifie: dans ces cas, le mot a le sens restreint que lui donne la définition. Cependant, dans d’autres cas, on emploie l’expression «comprend» «afin d’étendre le sens des mots ou expressions contenus dans le corps du texte législatif; ces mots et expressions doivent alors être interprétés comme signifiant non seulement ce qu’ils signifient normalement, mais aussi ce que la disposition d’interprétation dit qu’ils comprennent». Autrement dit le mot dont on dit qu’il «comprend» quelque chose conserve, outre le sens élargi que lui donne ainsi sa définition dans la loi, «son sens ordinaire, courant et naturel, chaque fois qu’il se déduit normalement du contexte».

Maxwell cite à l’appui de ce passage les arrêts suivants: *Dilworth v. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99, lord Watson aux pp. 105 et 106; *Robinson v. Local Board of Barton-Eccles* (1883), 8 App. Cas. 798, le lord chancelier Earl of Selborne à la p. 801.

Nos plus grands spécialistes canadiens dans le domaine de la législation nous en disent autant. Le regretté Elmer Driedger dans son volume, *The Composition of Legislation* (1957), à la p. 48, s’exprime ainsi:

[TRADUCTION] Mais il est des cas où il convient de définir un mot comme *signifiant* une chose et *compre-*
nant autre chose.

«valeurs» ou «titres» *signifie* les titres du Canada et *comprend* les obligations, billets, certificats de dépôt, certificats non productifs d’intérêt, débetures, billets et effets du Trésor et toute autre valeur représentant une partie de la dette publique du Canada.

Il s’agit là en réalité d’une définition double. On précise d’abord le sens de *valeurs* et de *titres*, puis on dissipe les doutes qui peuvent subsister.

Voir aussi aux pp. 43 et 44, où il démontre que le mot «comprend» peut servir à élargir la portée d’un mot ou à le clarifier.

Le professeur Louis-Philippe Pigeon, plus tard membre de cette Cour, exprime la même opinion dans son volume intitulé *Rédaction et interprétation des lois* (1965), à la p. 21 dans le passage qui suit:

«Désigne» ou «signifie» implique une définition restrictive; autrement dit, une définition qui limite le sens du mot à ce qui est exprimé dans le texte législatif. Au

the enactment. "Includes", on the other hand, indicates an extensive definition, that is one which adds to the usual meaning.

Section 3(1)(a)(i), therefore, clarifies or expands the meaning of earnings by telling us that it includes "any amount paid to him by his employer . . . in satisfaction of . . . a . . . gratuity" (emphasis added). In my view, that is precisely the situation we have in this case. The word "gratuity" in the english version is the ordinary synonym for tip. The word *gratification* in the French version certainly includes a tip.

The interpretation I have given to "insurable earnings" is consistent with the purpose of the Act, which is to pay, to persons who have lost their employment, benefits calculated in terms of a percentage of their insurable earnings. Otherwise, an employee who received a good part of his earnings as tips would not benefit to the same degree as his colleagues who receive the whole of their earnings directly from the pocket of their employer. By adding to the definition of remuneration a whole series of benefits an employee receives by reason of his employment, the regulations clearly indicate that the expression should be given a broad interpretation. Moreover, as noted, a law dealing with social security should be interpreted in a manner consistent with its purpose. We are not concerned with a taxation statute. The cases of *Penn v. Spiers & Pond Ltd.* and *Great Western Railway Co. v. Helps*, *supra*, are merely examples of the principle that I have just stated.

I would add that if the appellant is obliged to pay premiums solely in relation to the part of the earnings of his employee that comes out of his pocket, then it is in a better situation than other employers who pay these premiums in relation to all the earnings accruing to the employee from his work. The employer obviously benefits from the fact that some of his employees are in a position where they can obtain tips. He is able to retain their services at a better price. It, therefore, appears unjust that he should also be able to divest himself of a part of the obligation that all other employers must carry, or to restrict the amount of

contraire, «comprend» indique une définition extensive, c'est-à-dire que l'on ajoute au sens normal.

Or, le sous-al. 3(1)a(i) clarifie ou élargit la portée de rémunération en nous disant qu'il comprend «toute somme que lui paie son employeur . . . en règlement . . . d'une . . . gratification». (C'est moi qui souligne). À mon avis, c'est précisément la situation qui existe en l'espèce. Le mot «gratification» qu'on retrouve à la version française comprend certainement un pourboire. Le mot *gratuity* que l'on retrouve dans la version anglaise est le synonyme ordinaire de pourboire.

L'interprétation que je donne à l'expression «rémunération assurable» est conforme à l'objectif de la Loi qui est de verser des prestations aux personnes qui ont perdu leur emploi en fonction d'un pourcentage de leur rémunération assurable. Autrement l'employé qui reçoit une bonne partie de sa rémunération sous forme de pourboires n'aurait pas droit aux avantages que lui confère la Loi au même degré que ses confrères qui reçoivent la totalité de leur rémunération directement de la poche de leur employeur. Le règlement cité, en ajoutant à la définition de rémunération toute une gamme de bénéfices qu'un employé reçoit en raison de son emploi, indique bien que l'expression doit recevoir une portée large. En plus, comme je l'ai noté, une loi ayant pour objet la sécurité sociale doit être interprétée de façon à atteindre ce but. Il ne s'agit pas d'une loi fiscale. Les arrêts *Penn v. Spiers & Pond Ltd.* et *Great Western Railway Co. v. Helps*, précités, ne sont que des illustrations du principe que je viens de formuler.

J'ajoute que si l'appelante est obligée de payer des cotisations en fonction seulement de la partie de la rémunération de l'employé qui vient de sa poche, elle se trouve dans une situation avantageuse par rapport aux employeurs qui paient ces cotisations en fonction de toute la rémunération que l'employé reçoit en vertu de son emploi. Il est évident que l'employeur bénéficie du fait que certains de ses employés sont dans une situation qui leur donne la possibilité de toucher des pourboires. Il peut retenir leurs services à meilleur marché. Or il me paraît injuste qu'il puisse aussi se débarrasser d'une partie de l'obligation dont tout autre

benefits of his employees whose earnings come in good part from tips.

It is true that these arguments are in a measure applicable equally to employees who personally receive tips, even though s. 3(1) of the Regulations does not mention these. However, those who drafted the Regulations no doubt concluded that it was necessary to proceed in this way for administrative reasons. See on this issue the case of *Association des employés civils v. Minister of National Revenue, supra*. It is almost impossible to levy premiums on tips obtained in this manner and it is for that reason that the Regulation does not take them into account. It goes without saying that insurable earnings include many tips collected in ways other than the ones collected in this case. For example, those added when paying a bill by credit card.

For these reasons, I am of the opinion that the appeal should be dismissed with costs.

English version of the reasons of Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. were delivered by

CHOUINARD J. (*dissenting*)—This case concerns the premiums payable under the *Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72* (Can.), c. 48.

In particular, the question is whether it is necessary to take into consideration amounts which an employer paid its employees after receiving them from its customers, who had paid them to the employer of their own accord, to be distributed to the employees as tips.

At issue are the tips paid by customers at banquets held in the Château Frontenac in Québec.

I should mention that the claim of the Minister of National Revenue should have been made against Canadian Pacific Hotels Limited, which operates the hotel, rather than the appellant. However, the latter did not wish to make an issue of this discrepancy.

employeur est obligé de s'acquitter, ou restreindre le montant des bénéfices que retirent les employés dont la rémunération vient en bonne partie de pourboires.

^a Il est vrai que ces arguments s'appliquent jusqu'à un certain point aux situations où les employés eux-mêmes reçoivent des pourboires, bien que le par. 3(1) du règlement n'en tienne pas compte. Mais ceux qui ont rédigé le règlement ont sans doute conclu que cette façon de procéder s'impose pour des raisons administratives. Voir sur ce sujet l'arrêt *Association des employés civils c. Ministre du Revenu national*, précité. Il est presque impossible de percevoir des cotisations sur des pourboires obtenus de cette façon et c'est pour cette raison que le règlement n'en tient pas compte. Il va de soi que la rémunération assurable comprend bien d'autres pourboires que ceux prélevés de la façon prévue en l'espèce, par exemple, ceux qui sont ajoutés en payant par carte de crédit.

^e Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs des juges Beetz, McIntyre et Chouinard ont été rendus par

^f LE JUGE CHOUINARD (*dissident*)—Ce litige se rapporte aux cotisations payables en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72* (Can.), chap. 48.

^g De façon plus particulière il faut déterminer si doivent être prises en considération les sommes qu'un employeur a versées à ses employés après les avoir reçues de ses clients qui les lui avaient payées volontairement pour qu'il en fasse la distribution aux employés à titre de pourboires.

^h Sont en cause les pourboires payés par les clients à l'occasion des banquets tenus au Château Frontenac à Québec.

ⁱ Je signale que la réclamation du ministre du Revenu national aurait dû être dirigée contre la Société hôtelière Canadien Pacifique Limitée qui exploite cet hôtel, plutôt que contre l'appelante. Celle-ci a toutefois jugé à propos de ne pas faire de cas de cette irrégularité.

By an agreement appended to the collective agreement between the union and the employer, it was agreed that the latter would receive such tips and distribute them to the employees. The union and the employer agreed on this course of action in the interests of efficiency and economy, in view of the number of employees working at banquets and the problems which would result from dividing and distributing tips.

The following facts were not in dispute.

The customers decided whether tips should be left.

The amount of the tips was entirely in the discretion of the customers.

Appellant made no service charge to its customers.

None of the amounts paid by the customers as tips were included in appellant's income.

The total amount of the tips was passed on to the employees.

All appellant did was distribute the tips to the employees in accordance with the agreement.

Respondent added the following information, which was not disputed by appellant:

[TRANSLATION] The tips in question were paid to the Château Frontenac Hotel at banquets or receptions organized by it: at such times the hotel billed the customer for the amount indicated by him (generally 12 to 15 percent) and received the amount in question.

According to the collective agreement with its employees, the hotel then distributed the amounts in question as follows: 80 percent of such tips to employees covered by the collective agreement who had worked at the meetings in question and 20 percent to non-unionized employees. The hotel issued a cheque to each employee who had worked at this type of reception, in an amount corresponding to his share of the sum which the customer had agreed to pay the hotel for tips.

Employees working at these banquets also received an hourly wage fixed by the collective agreement.

Par une entente consignée en annexe à la convention collective liant le syndicat et l'employeur, il avait été convenu que celui-ci recevrait ces pourboires pour en faire la distribution aux employés. C'est par souci d'efficacité et d'économie que le syndicat et l'employeur ont eu recours à cette procédure vu le nombre d'employés travaillant lors des banquets et les problèmes qu'engendraient la répartition et la distribution des pourboires.

Les faits suivants sont constants:

Ce sont les clients qui décidaient de laisser ou non des pourboires.

Le montant des pourboires était à l'entière discrétion des clients.

L'appelante n'imposait pas à ses clients de frais de service.

Aucun des montants payés par les clients à titre de pourboires n'entrait dans les revenus de l'appelante.

Le montant total des pourboires était remis aux employés.

L'appelante ne faisait que distribuer les pourboires aux employés conformément à l'entente.

L'intimé apporte les précisions suivantes que ne conteste pas l'appelante:

Les pourboires en question étaient payés à l'hôtel Le Château Frontenac lors de banquets ou réceptions qu'il organisait: l'hôtel facturait alors le client pour le montant qu'il lui avait indiqué (généralement un pourcentage de 12 à 15%) et recevait le montant en question.

Selon la convention collective intervenue avec ses employés, l'hôtel distribuait ensuite les sommes en question de la façon suivante: 80% de ces pourboires aux employés couverts par la convention collective qui ont travaillé lors de telles réunions et 20% aux employés non syndiqués. L'hôtel payait par chèque à chaque employé qui avait travaillé lors de ce genre de réceptions, un montant correspondant à sa part de la somme que le client avait convenu de verser à l'hôtel à titre de pourboires.

Les employés travaillant lors de ces banquets recevaient aussi un salaire horaire fixé par la convention collective.

On May 2, 1980 the Minister of National Revenue sent appellant a notice of assessment claiming the employer and employee premiums for the tips received by appellant and distributed by it to employees during 1978. Appellant asked the Minister to reconsider the reassessment. The Minister affirmed it.

Appellant appealed to an umpire, who concluded that the notice of assessment was in error and allowed the appeal. His reasons were, first, that the tips left at banquets by customers could not be regarded as "remuneration" within the meaning of s. 68(1) of the Act, and secondly, that these amounts were paid not by appellant but by the customers, appellant simply being an intermediary between the customers and the employees.

In a unanimous judgment, [1984] 1 F.C. 859, the Federal Court of Appeal set aside the umpire's decision. It cited certain sections of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, to which I will return. At pages 861-62, it said:

It is clear from reading these provisions that it is section 66 which imposes the obligation to pay premiums and determines their amount. These premiums, on either side, must be paid by the employer, and on either side they are fixed, as provided by section 66, at a percentage of the insurable earnings of the employees in question. In calculating the amount of the premiums, therefore, it is necessary to take into account all insurable earnings of the employees. If the amounts which respondent paid its employees in accordance with the aforementioned provisions of the collective agreement constituted a part of the employees' insurable earnings, they ought to have been taken into account in calculating the premiums; if not, they should not have been.

The Court of Appeal then considered the meaning of "insurable earnings". It cited the definition in s. 2(1)(k) of the Act:

"insurable earnings" means in relation to any period the total amount of the earnings from insurable employment for that period of an insured person or the maximum insurable earnings for that period as prescribed by or under this Act, whichever is the lesser;

The Court of Appeal relied on a judgment of the British Court of Appeal and a decision by the House of Lords, to be discussed below, regarding

Le 2 mai 1980 le ministre du Revenu national adressait à l'appelante un avis de cotisation lui réclamant les cotisations ouvrières et patronales afférentes aux pourboires reçus par l'appelante et distribués par elle aux employés au cours de l'année 1978. L'appelante demanda au Ministre de reconsidérer l'évaluation. Le Ministre la confirma.

L'appelante interjeta appel à un juge-arbitre. Ce dernier conclut que l'avis de cotisation était mal fondé et accueillit l'appel. Ses motifs sont que d'une part, les pourboires laissés par les clients lors des banquets ne pouvaient pas être considérés comme de la rémunération au sens du par. 68(1) de la Loi et que d'autre part, ces sommes n'étaient pas payées par l'appelante mais plutôt par les clients, l'appelante n'étant que l'intermédiaire entre les clients et les employés.

Par un arrêt unanime, [1984] 1 C.F. 859, la Cour d'appel fédérale a cassé la décision du juge-arbitre. Y sont cités certains articles de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* sur lesquels je reviendrai. Aux pages 861 et 862 on peut lire:

Il est clair, à la lecture de ces dispositions, que c'est l'article 66 qui impose l'obligation de payer les cotisations et en fixe le montant. Ces cotisations doivent être, l'une et l'autre, versées par l'employeur et elles sont, l'une et l'autre, fixées, nous dit l'article 66, à un pourcentage de la rémunération assurable des employés concernés. Il faut donc, dans le calcul du montant des cotisations, prendre en considération toute la rémunération assurable des employés. Si les sommes que l'intimée a remises à ses employés conformément aux stipulations précitées de la convention collective faisaient partie de la rémunération assurable des employés, elles devaient donc être prises en considération dans le calcul des cotisations; dans le cas contraire, elles ne le devaient pas.

La Cour d'appel examine ensuite les sens de l'expression «rémunération assurable». Elle cite la définition de l'al. 2(1)k) de la Loi:

«rémunération assurable» désigne, relativement à une période quelconque, soit le total de la rémunération d'un assuré provenant de tout emploi assurable pour cette période, soit le maximum de la rémunération assurable pour cette période tel que prescrit en vertu de la présente loi, si ce maximum est inférieur au total;

La Cour d'appel s'appuie sur un arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre et un arrêt de la Chambre des lords dont il sera question plus loin et qui

the meaning of "earnings". In the *Unemployment Insurance Act, 1971* the word "earnings" corresponds to the word *rémunération* in the French version. The Federal Court of Appeal concluded at p. 863:

In the case at bar, I think it is clear that the amounts in question constitute for the employees earnings from their employment: they earned these amounts as a result of their work, and the amounts were paid to them because they were employees. These amounts were accordingly a part of their insurable earnings and, on that account, should be taken into consideration in calculating the premiums payable under section 66 of the Act.

The passages cited above clearly indicate that the Federal Court of Appeal considered that "it is section 66 which imposes the obligation to pay premiums and determines their amount", and that it was principally concerned with determining the meaning of "insurable earnings". This is the position taken by respondent, whose counsel told this Court that his principal proposition was that the tips constituted insurable earnings.

Appellant submitted, on the other hand, that the employer's obligation is defined by s. 68 and by s. 3(1) of the Regulations made pursuant to it.

The relevant portions of ss. 66 and 68, as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 80, ss. 24 and 25, are as follows:

66. (1) Every person shall, for every week during which he is employed in insurable employment, pay, by deduction as provided in Part IV, an amount equal to such percentage of his insurable earnings as is fixed by the Commission as the employee's premium for the year in which that week occurs.

(2) Every employer shall, for every week during which a person is employed by him in insurable employment, pay, in respect of that person and in the manner provided in Part IV, an amount equal to such percentage of that person's insurable earnings as is fixed by the Commission as the employer's premium payable by employers or a class of employers of which the employer is a member, as the case may be, for the year in which that week occurs.

68. (1) Every employer paying remuneration to a person employed by him in insurable employment shall deduct from such remuneration an amount equal to the

portent sur le sens du mot *earnings*. Dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* le mot *earnings* correspond au mot «rémunération» de la version française. La Cour d'appel fédérale conclut, à la p. 863:

En l'espèce, il me paraît clair que les sommes dont il s'agit constituent pour les employés des gains provenant de leur emploi; c'est grâce à leur travail qu'ils ont gagné ces sommes qui leur ont été payées parce qu'ils étaient employés. Ces sommes faisaient donc partie de leur rémunération assurable et devaient, à cause de cela, être prises en considération dans le calcul des cotisations payables en vertu de l'article 66 de la Loi.

Les passages précités montrent bien que la Cour d'appel fédérale a considéré que «c'est l'article 66 qui impose l'obligation de payer les cotisations et en fixe le montant», et qu'elle s'est principalement arrêtée à déterminer le sens de l'expression «rémunération assurable». C'est la position de l'intimé dont le procureur nous dit que sa proposition principale est à l'effet que les pourboires constituent une rémunération assurable.

L'appelante soumet plutôt que c'est l'art. 68 de même que le par. 3(1) du règlement d'application qui définissent l'obligation de l'employeur.

Voici les parties pertinentes des art. 66 et 68, tels que modifiés par 1974-75-76 (Can.), chap. 80, art. 24 et 25:

66. (1) Toute personne doit, pour toute semaine au cours de laquelle elle exerce un emploi assurable, payer par voie de retenue prévue à la Partie IV, une somme égale au pourcentage de sa rémunération assurable que fixe la Commission à titre de cotisation ouvrière pour l'année dans laquelle est comprise cette semaine.

(2) Tout employeur doit, pour toute semaine au cours de laquelle une personne exerce à son service un emploi assurable, payer pour cette personne et de la manière prévue à la Partie IV une somme égale au pourcentage de sa rémunération assurable que fixe la Commission à titre de cotisation patronale payable, selon le cas, par les employeurs ou par une catégorie d'employeurs dont cet employeur fait partie pour l'année dans laquelle est comprise cette semaine.

68. (1) Tout employeur qui paie une rémunération à une personne exerçant, à son service, un emploi assurable doit retenir sur cette rémunération la cotisation

employee's premium payable by that insured person under section 66 for any week or weeks in respect of which such remuneration is paid and remit it together with the employer's premium payable by the employer under section 66 for such week or weeks to the Receiver General at such time and in such manner as is prescribed by the regulations.

(2) Subject to subsection (3), every employer who fails to deduct and remit an amount from the remuneration of an insured person as and when required under subsection (1) is liable to pay to Her Majesty the whole amount that should have been deducted and remitted from the time it should have been deducted.

(6) Every employer who fails to remit to the Receiver General the total amount that he was required to remit at the time when he was required to do so is liable to a penalty of ten per cent of the amount that he failed so to remit or ten dollars, whichever is the greater, and to pay interest at a prescribed rate per annum on the amount he failed so to remit from the time when he was required to remit that amount until it is remitted.

In my opinion, appellant was right in saying that s. 68 is what imposes an obligation on the employer, and that the purpose of s. 66, to which s. 68 refers, is to set the amount of the premiums.

Section 68 is contained in Part IV of the Act, entitled "Collection of Premiums", and is preceded by the heading "Payment of Premiums".

Section 66 is contained in Part III, titled "Contributory Premiums", and is under the heading "Determining Premiums".

Subsection (1) of s. 68 states that "Every employer paying remuneration to a person employed by him ... shall deduct ... the employee's premium ... and remit it together with the employer's premium ... to the Receiver General ..."

Subsection (2) of s. 68 makes the employer "liable to pay to Her Majesty the whole amount that should have been deducted and remitted from the time it should have been deducted".

Subsection (6) of s. 68 imposes a penalty on the employer for failure to remit.

With respect, it is s. 68 which creates the obligation to deduct and remit, which makes the employ-

ouvière payable par cet assuré en vertu de l'article 66 pour la ou les semaines pour lesquelles cette rémunération est payée et doit la verser au receveur général avec la cotisation patronale correspondante payable en vertu de l'article 66, au moment et de la manière que prescrivent les règlements.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), tout employeur qui n'effectue pas, aux conditions et au moment prévus au paragraphe (1), la retenue sur la rémunération d'un assuré et son versement, est débiteur envers Sa Majesté, à partir de la date où la retenue aurait dû être effectuée, de la somme globale qui aurait dû être retenue et versée.

(6) Tout employeur qui n'a pas versé en temps voulu au receveur général l'intégralité des sommes qu'il devait verser est passible d'une pénalité égale, soit à dix dollars, soit à dix pour cent du total non versé s'il dépasse cent dollars. Il est en outre tenu de payer pour le retard, sur le total non versé, un intérêt à un taux annuel prescrit jusqu'à la date du versement.

À mon avis, l'appelante a raison de dire que c'est l'art. 68 qui impose une obligation à l'employeur et que l'objet de l'art. 66 auquel l'art. 68 réfère est de fixer la quotité des cotisations.

L'article 68 se trouve dans la Partie IV de la Loi, intitulée «Perception des cotisations» et il est précédé du titre «Païement des cotisations».

L'article 66 se trouve dans la Partie III intitulée «Cotisations» et il est placé sous le titre «Détermination des cotisations».

Le paragraphe (1) de l'art. 68 porte que «Tout employeur qui paie une rémunération à une personne ... à son service, ... doit retenir ... la cotisation ouvrière ... et doit la verser au receveur général avec la cotisation patronale correspondante ...»

Le paragraphe (2) de l'art. 68 rend l'employeur «débiteur envers Sa Majesté, à partir de la date où la retenue aurait dû être effectuée, de la somme globale qui aurait dû être retenue et versée».

Le paragraphe (6) de l'art. 68 impose une peine à l'employeur en défaut.

C'est, je le dis avec égards, cet art. 68 qui crée l'obligation de retenir et de verser, qui rend l'em-

er liable for the amounts and which provides a penalty for failure to do so. Section 68 does not determine the amount of the premiums, but refers to s. 66 for this purpose.

While s. 68 simply speaks of "remuneration", the phrase "insurable earnings" is found in s. 66.

The corresponding expression in the French version is "*rémunération assurable*".

In *Penn v. Spiers & Pond Ltd.*, [1908] 1 K.B. 766, the British Court of Appeal held that, in calculating compensation payable under the *Workmen's Compensation Act* then in effect in Britain, tips received by an employee should be brought into account because such tips constituted "earnings in the employment". Lord Cozens-Hardy M.R. wrote for the Court, at p. 769:

It has often been pointed out in this Court that the measure of compensation under the Act is not wages, but earnings. This is conceded by the respondents, who admit that the value of the board must be taken into account. It is not every kind of earnings which can be taken into account. They must be earnings in the employment. If the workman by the exercise of his talents during his leisure hours, as, say, a conjurer or a musician, gains money, the money thus gained will increase his income, but not his "earnings," within the Act. "Earnings in the employment" do not always come from the employer. It is common knowledge that there are many classes of employees whose remuneration is derived largely from strangers. A hall porter at an hotel and a driver of a postchaise are sufficient illustrations. It would be absurd to say that the money received from the hotel-keeper or the post-master alone represents the rate per week at which the workman was being remunerated.

The same question was answered by the House of Lords in the same way in *Great Western Railway Co. v. Helps*, [1918] A.C. 141. Lord Dunedin wrote at p. 145:

The whole point, therefore, is, do these tips fall within the statutory expression of "earnings"? If you were to ask a person in ordinary common parlance what this porter earned, the answer would be: "Well, I will tell you what he gets; he gets so much wages from his employers, and he gets on an average so much in tips".

ployeur débiteur des sommes et qui prévoit la sanction du défaut. L'article 68 ne détermine pas la quotité des cotisations mais renvoie à cette fin à l'art. 66.

Alors qu'à l'art. 68 il est simplement question de «rémunération», on trouve à l'art. 66 l'expression «rémunération assurable».

L'expression correspondante dans la version anglaise est «*insurable earnings*».

La Cour d'appel d'Angleterre dans *Penn v. Spiers & Pond Ltd.*, [1908] 1 K.B. 766, a décidé qu'il fallait, dans le calcul des indemnités payables en vertu de la loi des accidents du travail alors en vigueur en Angleterre, prendre en considération les pourboires reçus par l'employé parce que ces pourboires constituaient des «*earnings in the employment*». Lord Cozens-Hardy, maître des rôles, écrit au nom de la Cour, à la p. 769:

[TRADUCTION] On a souvent fait remarquer à la Cour que l'indemnité prévue par la Loi ne représente pas un salaire, mais bien des gains. Les intimés en conviennent et admettent qu'il faut prendre en considération la valeur du logement. Cependant, il ne faut pas nécessairement prendre en considération toutes les sortes de gains. Il doit s'agir de gains provenant d'un emploi. Si un employé gagne de l'argent durant ses heures de loisir en exerçant ses talents comme, disons, prestidigitateur ou musicien, l'argent ainsi gagné augmentera son revenu, mais non ses «gains» au sens de la Loi. Tous les «gains provenant d'un emploi» ne viennent pas nécessairement de l'employeur. On sait bien qu'un grand nombre de catégories d'employés tirent une bonne part de leur rémunération d'étrangers. Mentionnons à titre d'exemples le portier d'hôtel et le conducteur de chaises de poste. Il serait absurde d'avancer que seul l'argent reçu de l'hôtelier ou du receveur des postes représente le taux hebdomadaire auquel l'employé est rémunéré.

La même question fut résolue dans le même sens par la Chambre des lords dans *Great Western Railway Co. v. Helps*, [1918] A.C. 141. Lord Dunedin écrit à la p. 145:

[TRADUCTION] La question essentielle est donc de savoir si ces pourboires sont compris dans le terme «gains» qu'emploie la Loi. Si vous demandez à une personne de vous dire en langage ordinaire ce que gagne un portier, elle vous répondra: «Bien, je vous dirai ce qu'il reçoit: il reçoit une certaine somme en salaire de son employeur et il reçoit en moyenne une certaine somme en pourboires.»

My Lords, it has been sought in the argument addressed for the appellants to limit the meaning of "earnings" to what the workman gets by what I may call direct contract from his employers. The simple answer is that the statute does not say so; it uses the general term "earnings" instead of the term "wages" or the expression "what he gets from his employer," and as a matter of fact the employer, in a case where there is a known practice of giving tips, obviously gets the man for rather less direct wages than he would if there was not that other source of remuneration to the man when he is in his post.

Both of these cases involved consideration of the phrase "earnings in the employment of the same employer". It also has to be borne in mind that they related to the compensation to which a workman injured on the job was entitled. Employer's and employee's premiums were not in question.

Finally, as counsel for the appellant pointed out, in the passage cited Lord Dunedin relied on the fact that the Act used the word "earnings" instead of "wages" or the phrase "what he gets from his employer".

In the case at bar s. 68 clearly states that "Every employer paying remuneration ... shall deduct from such remuneration ...". Appellant submitted that the obligation to deduct relates to the remuneration paid by the employer, not what the employees may receive from some other source.

Understandably, the definition of "insurable earnings" includes "the total amount of the earnings from insurable employment ... of an insured person ...". An insured person's earnings may come from more than one employment, and under subs. (1) of s. 66, the insured person must pay a premium.

Under subs. (2) of s. 66 the employer, for his part, must "in the manner provided in Part IV", that is in s. 68, pay an amount equal to a percentage of the person's insurable earnings for every week during which a person is employed by him. This subsection is entirely consistent with the interpretation that the employer's obligation relates to the earnings he pays his employees.

Vos Seigneuries, les appelants vous demandent, dans leur plaidoirie, de limiter le sens du mot «gains» à ce que l'employé reçoit par, ce que j'appellerais, un contrat direct avec ses employeurs. Il suffit de répondre que ce n'est pas ce que dit la Loi: elle emploie le terme général «gains» plutôt que «salaires» ou que l'expression «ce qu'il reçoit de son employeur»; pratiquement, l'employeur, dans les cas où il est commun de donner des pourboires, engage, de toute évidence, un employé pour un salaire moindre qu'il ne l'aurait fait si cette autre source de rémunération n'avait pas été offerte à l'homme qui occupe ce poste.

Dans ces deux arrêts l'expression en cause était «*earnings in the employment of the same employer*». Force est de constater par ailleurs qu'il s'agissait de déterminer la compensation à laquelle un accidenté du travail avait droit. Il n'était pas question des cotisations exigées de l'employé et de l'employeur.

Enfin comme l'a fait observer le procureur de l'appelante, lord Dunedin dans le passage cité s'appuie sur le fait que la Loi utilisait le mot *earnings* au lieu de *wages* ou de l'expression «*what he gets from his employer*».

En l'espèce l'art. 68 pose bien que «Tout employeur qui paie une rémunération ... doit retenir sur cette rémunération ...». L'obligation de retenir, soumet l'appelante, porte sur la rémunération que paie l'employeur et non sur ce que les employés peuvent recevoir d'une autre source.

L'on conçoit que la définition de «rémunération assurable» comprenne «le total de la rémunération d'un assuré provenant de tout emploi assurable ...». La rémunération d'un assuré peut en effet provenir de plus d'un emploi et aux termes du par. (1) de l'art. 66, l'assuré doit payer une cotisation.

En vertu du par. (2) de l'art. 66, l'employeur, quant à lui, doit, «de la manière prévue à la Partie IV», c'est-à-dire à l'art. 68, payer une somme correspondant à un pourcentage de sa rémunération assurable pour toute semaine où une personne exerce un emploi à son service. Ce paragraphe se concilie bien avec l'interprétation voulant que l'obligation de l'employeur se rapporte à la rémunération qu'il paie à son employé.

This interpretation is also supported, appellant submitted, by the provisions of the applicable Regulations, the *Unemployment Insurance (Collection of Premiums) Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1575.

Section 2(2) of the Regulations defines "employer" as follows:

(2) For the purposes of Parts III and IV of the Act and these Regulations, "employer" includes a person who pays or has paid remuneration or other earnings of an insured person for services performed in insurable employment.

An employer is therefore someone who pays or has paid remuneration or earnings.

The relevant portions of s. 3(1) are as follows:

Calculation of the Amount of Insurable Earnings

3. (1) The amount from which an insured person's insurable earnings shall be determined is the amount of his remuneration, whether wholly or partly pecuniary, paid by his employer in respect of a pay period, and includes

(a) any amount paid to him by his employer as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of

(i) a bonus, gratuity, retroactive pay increase, share of profits, accumulative overtime settlement or an award,

(ii) vacation pay, sick pay credit, separation pay or other similar pay included in his final payment of remuneration or any payment prior thereto, in contemplation of the termination of his employment,

(b) any amount paid to him by his employer for a period during which the insured person continues to be in insurable employment but is absent

(i) on account of illness, injury or quarantine,

(ii) while he receives payment for a non-working day or for overtime worked,

(iii) because of dismissal that is followed by reinstatement in employment,

(iv) during any holiday, leave or vacation whether general or not or continuous or not,

(v) while awaiting return to or commencement of work, and

Cette interprétation est également appuyée, soumet l'appelante, par les dispositions du règlement d'application, *Règlement sur l'assurance-chômage (perception des cotisations)*, C.R.C. 1978, chap. 1575.

Le paragraphe 2(2) du règlement définit «employeur» de la façon suivante:

(2) Aux fins des Parties III et IV de la Loi et du présent règlement, «employeur» désigne une personne qui paie ou a payé une rétribution ou autre rémunération d'un assuré pour des services fournis dans le cadre d'un emploi assurable.

L'employeur est donc celui qui paie ou a payé une rétribution ou une rémunération.

Voici les parties pertinentes du par. 3(1):

Calcul du montant de la rémunération assurable

3. (1) Le montant qui sert à déterminer la rémunération assurable d'un assuré est le montant de la rétribution, qu'elle soit entièrement ou partiellement versée en espèces, qui lui est payée par son employeur pour une période de paie, et comprend

a) toute somme que lui paie son employeur au titre, au lieu ou en règlement

(i) d'un boni, d'une gratification, d'une augmentation de rémunération avec effet rétroactif, d'une participation aux bénéfices, du paiement d'heures supplémentaires accumulées ou d'une sentence arbitrale,

(ii) de la paie de vacance, des crédits de congé de maladie, de l'indemnité de cessation d'emploi ou de toute autre compensation semblable compris dans le dernier versement de sa rétribution ou dans un versement antérieur, en prévision de la cessation de son emploi;

b) toute somme que lui paie son employeur pour une période durant laquelle l'assuré continue d'occuper un emploi assurable tout en étant absent

(i) pour cause de maladie, blessure ou mise en quarantaine,

(ii) alors qu'il est payé pour du travail accompli un jour non ouvrable ou durant des heures supplémentaires,

(iii) à cause d'un congédiement suivi de sa réintégration dans l'emploi,

(iv) pendant un jour férié, un congé ou une vacance, généraux ou non, ininterrompus ou non,

(v) en attendant de retourner au travail ou de commencer à travailler, et

(vi) while the establishment at which he is employed is shut down,

(c) the value of board, lodging and other benefits of any kind whatever received from his employer or enjoyed by an insured person in respect of, in the course of or by virtue of his insurable employment, if the insured person is paid pecuniary remuneration by his employer in addition to the provision of such board, lodging or other benefits, and

(d) the amount of any earnings from insurable employment received by or deemed by these Regulations to be received by or paid to an insured person

. . .

As can be seen, the question is clearly one of determining what are insurable earnings for the deduction and payment of employer and employee premiums.

The preamble to s. 3(1) states that the amount used in determining the insurable earnings of an insured person is the amount of his remuneration "paid by his employer". Such remuneration includes "any amount paid to him by his employer . . ." for the purposes indicated in paras. (a) and (b), and under para. (c), "the value of board, lodging and other benefits of any kind whatever received from his employer . . . if the insured person is paid pecuniary remuneration by his employer . . ."

The reference in each case is to remuneration or benefits paid by the employer.

Counsel for the respondent argued, however, that the word "earnings" used again in para. (d) should be given a broader construction or the paragraph would be unnecessary, since earnings are already included.

With respect, I consider that what para. (d) applies to is the many allocations and presumptions established elsewhere in the Regulations, in ss. 7 *et seq.* Paragraph (d) is worded so as to distinguish between earnings actually received and earnings deemed to be received, and to include the latter in the definition of insurable earnings.

(vi) alors que l'établissement où il est employé est fermé,

c) la valeur de la pension, du logement et de tous autres avantages de quelque sorte accordés à l'assuré par son employeur ou dont bénéficie l'assuré à l'égard de son emploi assurable, dans le cadre de celui-ci ou en raison de celui-ci, si l'assuré reçoit une rétribution en espèces, payée par son employeur, qui s'ajoute à cette pension, à ce logement ou à ces autres avantages; et

d) le montant de toute rémunération provenant d'un emploi assurable que reçoit un assuré ou qui est réputée, aux termes du présent règlement, être reçue par lui ou lui être versée,

. . .

On le voit, il s'agit bien de la détermination de la rémunération assurable afin de retenir et de payer les cotisations ouvrières et patronales.

Le préambule du par. 3(1) porte que le montant qui sert à déterminer la rémunération assurable d'un assuré est le montant de la rétribution «qui lui est payée par son employeur». Cette rétribution comprend «toute somme que lui paie son employeur . . .» aux fins indiquées aux al. a) et b), et suivant l'al. c), «la valeur de la pension, du logement et de tous autres avantages de quelque sorte accordés à l'assuré par son employeur . . . si l'assuré reçoit une rétribution en espèces, payée par son employeur . . .»

Il s'agit dans chaque cas de rétributions ou de bénéfices payés par l'employeur.

Le procureur de l'intimé fait valoir par contre que le terme «rémunération» repris à l'al. d) doit recevoir un sens plus large sans quoi cet alinéa serait inutile, la rémunération étant déjà comprise.

Avec égards, je suis d'avis que ce que vise l'al. d), ce sont les multiples imputations et présomptions établies ailleurs dans le règlement, aux art. 7 et suivants. L'alinéa d) est rédigé de cette façon afin de distinguer entre la rémunération réellement reçue et la rémunération qui est réputée être reçue et pour inclure cette dernière dans la définition de rémunération assurable.

The Regulations thus determine specifically the allocation of insurable earnings and the related premiums payable in the event that the pay period is a pay week or a multiple of a pay week, and in the event that the pay period is semi-monthly or monthly: s. 7. The Regulations cover several other cases, such as those of railway employees:

Railway employees

12. Notwithstanding subsection 7(2), an insured person who is employed by a railway company as defined in subsection 2(1) of the *Railway Act*, is paid on a mileage basis and earns in his bi-weekly pay period an amount not less than the maximum weekly insurable earnings shall be deemed to have earnings throughout the two weeks of that pay period.

Accordingly, what the implementing Regulations mean by "insurable earnings" is what the employer pays his employee, and the Regulations support the proposed interpretation of s. 68, namely that the employer's obligation to deduct and pay premiums applies to earnings paid by the employer.

In *Association des employés civils v. Minister of National Revenue*, NR 1168, March 29, 1983, Marceau J., now of the Federal Court of Appeal but then a judge of the Trial Division and sitting as an umpire, had occasion to consider the provisions in question.

Marceau J. summarized the facts as follows:

The Appellant, among its activities, has for a number of years been operating a reception hall where it organizes, prepares and serves banquets at the request of clients. In 1979 it had adopted the policy of including, in the accounts presented to its clients, a 15 per cent service charge, the proceeds of which it then distributed monthly, in accordance with an internal agreement, to all those of its employees — cooks, waiters, waitresses, house stewards, assistant managers — who were involved in the holding of the banquets. The Appellant did not consider it necessary to add to the regular basic salaries of its employees these amounts which it thus paid to them out of the service charges billed to its clients, and it had therefore not taken them into account in calculating its unemployment insurance premiums. In his

Le règlement détermine ainsi par imputation la répartition de la rémunération assurable et des cotisations exigibles y afférentes dans le cas où la période de paie équivaut à une semaine de paie ou un multiple d'une semaine, ainsi que dans le cas où la période de paie est bi-mensuelle ou mensuelle,— art. 7. Le règlement dispose de nombreux autres cas dont par exemple, celui des cheminots:

Cheminots

12. Nonobstant le paragraphe 7(2), un assuré qui est à l'emploi d'une compagnie de chemin de fer, selon la définition qu'en donne le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, qui est rémunéré au parcours et qui touche pendant sa période de paie de deux semaines une rémunération non inférieure au maximum de la rémunération hebdomadaire assurable est réputé avoir touché une rémunération pendant toute la durée de cette période de paie.

Ce que le règlement d'application entend donc par rémunération assurable c'est ce que l'employeur paie à son employé et ce règlement appuie l'interprétation suggérée de l'art. 68, savoir que l'objet de l'obligation de l'employeur de retenir et de payer des cotisations est la rémunération payée par l'employeur.

Dans l'*Association des employés civils c. Ministre du Revenu national*, NR 1168, 29 mars 1983, le juge Marceau maintenant de la Cour d'appel fédérale, mais alors juge de la Division de première instance et siégeant comme juge-arbitre, a eu l'occasion d'examiner les dispositions à l'étude.

Le juge Marceau résume les faits de la façon suivante:

L'appelante, parmi ses activités, tient depuis plusieurs années une salle de réception où elle organise, prépare et sert des banquets à la demande de clients. En 1979, elle avait adopté comme politique d'inclure dans les comptes réclamés de ses clients 15% de frais de service qu'elle distribuait par la suite mensuellement, sur la base d'une entente interne, à tous ceux de ses employés—cuisiniers, serveurs, serveuses, adjoint de l'hôtellerie, assistants-gérants—appelés à jouer un rôle pour la tenue des banquets. L'appelante n'avait pas cru devoir ajouter au salaire régulier de base de ses employés ces sommes qu'elle leur versait ainsi à même les frais de service facturés à ses clients, et elle n'en avait donc pas tenu compte pour le calcul des primes d'assurance-chômage. Par ses avis de cotisations, le Ministre venait réclamer

notices of assessment the Minister claimed retroactively both the employer's and the employees' premiums for all these amounts paid monthly to the employees.

Regarding the source of the employer's obligation, Marceau J. wrote:

The obligation placed on the employer concerning the payment of unemployment insurance premiums, and on which the Minister's power to assess is based, is defined in subsection 68(1) of the Unemployment Insurance Act

Marceau J. went on to say:

In choosing the term "remuneration", and not the commonly used terms "salary" or "wages", Parliament certainly wanted to express its intention to cover more than just the fixed salary attached to the job, and this "more than just the salary" can only be the amounts, calculated as a percentage or on some other basis, that an employee receives from his employer, over and above a basic salary, in return for the services he provides. The method chosen by the employer to obtain from his clients the amounts which he is to pay to his employees (a percentage included in the calculation of a total price or added to a basic price), and the fact that the size of the amount remains to be determined, have nothing to do with the question; what matters is that these are amounts payable and promised by the employer in return for the employee's work.

Marceau J. continued:

The Appellant's representatives were surprised that the Minister should want to handle differently the service charges added to bills by an employer and then distributed to the employees, as in this case, and gratuities which restaurant clients place on their tables when they leave or else add to their charge slips. However, I do not think there is any reason to be surprised, because these two situations differ precisely in that in one case the employer is the one who is required to pay, and who does in fact pay his employee, with no legal tie arising between the client and the employee, whereas in the other case it is the client who, theoretically of his own free will, remunerates his waiter directly. In the latter case the employer is not involved, unless it is to receive for the employee the proceeds of the charge slip.

In that case Marceau J. concluded that the service charges were part of the employees' remuneration, but he clearly indicated the distinction to be made depending on whether the employer has an obligation to his employees.

rétroactivement tant les cotisations patronales que les cotisations ouvrières sur toutes ces sommes versées aux employés mensuellement.

^a Quant à la source de l'obligation de l'employeur le juge Marceau écrit:

L'obligation à laquelle est soumis l'employeur quant au versement des primes d'assurance-chômage et sur laquelle s'appuie le pouvoir du Ministre de cotiser, est définie au paragraphe 68(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* . . .

Plus loin le juge Marceau ajoute:

^c En choisissant le terme rémunération et non pas celui communément utilisé de salaire ou gages, le Parlement a certes voulu exprimer sa volonté d'atteindre plus que le seul salaire fixe attaché à l'emploi et ce «plus que le seul salaire» ainsi visé ne peut être que les sommes calculées à pourcentage ou autrement qu'un employé reçoit de son patron, par-delà un salaire de base, en contrepartie des services qu'il fournit. La façon adoptée par le patron pour obtenir de ses clients ces sommes qu'il doit payer à ses employés (pourcentage inclus dans le calcul d'un prix global ou ajouté à un prix de base) et le fait que leur quotité reste à déterminer n'ont rien à voir; ce qui importe est qu'il s'agisse de sommes payables et promises par le patron en contrepartie du travail de l'employé.

^f Le juge Marceau poursuit:

^g Les représentants de l'appelante s'étonnent que le Ministre veuille traiter différemment les frais de service d'hôtellerie inscrits sur factures par un patron et ensuite distribués aux employés comme ici, et les pourboires que le client d'un restaurant laisse à la table en quittant ou encore ajoute à sa note sur son ordre de paiement à crédit. Mais je ne pense pas qu'il y ait lieu de s'étonner car les deux situations diffèrent justement en ce que dans un cas l'employeur est celui qui est tenu de payer et effectivement paie à son employé, aucun lien juridique n'intervenant entre le client et l'employé, alors que dans l'autre c'est le client qui en principe de plein gré rémunère directement son serveur, l'employeur là n'ayant rien à faire, si ce n'est recevoir pour son employé le produit de l'ordre de paiement, le cas échéant.

^j Dans cette affaire-là le juge Marceau conclut que les frais de service faisaient partie de la rémunération des employés, mais il expose bien la distinction à faire selon que l'employeur a ou non une obligation envers ses employés.

This distinction answers the argument of counsel for the respondent, who wrote in his submission:

[TRANSLATION] Respondent further submits that, even if s. 3(1) of the Regulations is interpreted as requiring payment of the amounts mentioned therein by the employer, that provision is still applicable since there was in fact and in law a payment by appellant to its employees.

Relying on the definitions of the verb "to pay" given by French and English dictionaries, in which the first meaning is "give or disburse a sum of money", he submitted that appellant had in fact paid these amounts to its employees.

Counsel for the respondent added:

[TRANSLATION] Further, if one takes the legal meaning of the word "to pay", the conclusion that the hotel paid the sums at issue would be the same, since it carried out an obligation imposed on it by the collective agreement.

I cannot agree with the propositions of counsel for the respondent. Of course, payment is a method of extinguishing obligations: but there has to be an obligation. In the case at bar, the employer's obligation is at most that of an agent. If it receives amounts for its employees from customers, it is obliged to pass them on. However, if it receives nothing from the customers it does not owe its employees anything.

Finally, counsel for the respondent relied on s. 3(1)(a) of the Act, which defines insurable employment:

3. (1) Insurable employment is employment that is not included in excepted employment and is

(a) employment in Canada by one or more employers, under any express or implied contract of service or apprenticeship, written or oral, whether the earnings of the employed person are received from the employer or some other person and whether the earnings are calculated by time or by the piece, or partly by time and partly by the piece, or otherwise;

The words "received from the employer or some other person" will have been noted. There is no need in these reasons to analyse the effects of this definition of insurable employment on the other

Cette distinction répond à l'argument du procureur de l'intimé qui écrit dans son mémoire:

En outre, l'intimé soutient que même si on interprétait l'article 3(1) du Règlement comme exigeant un paiement des montants qui y sont visés par l'employeur, cette disposition trouverait quand même une application puisqu'il y a eu en faits et en droit paiement de la part de l'appelante à ses employés.

S'appuyant sur les définitions du verbe «payer» que donnent les dictionnaires français et anglais, en vertu desquelles le sens premier est «donner ou verser une somme d'argent», il soumet que l'appelante a effectivement payé ces sommes à ses employés.

Le procureur de l'intimé ajoute:

De plus, si l'on recourt au sens juridique du mot «payer», la conclusion à l'effet que l'hôtel a payé les sommes en litige serait la même puisqu'il a exécuté une obligation qui lui incombait en vertu de la convention collective.

Je ne puis souscrire aux propositions du procureur de l'intimé. Le paiement est bien sûr un mode d'extinction des obligations. Encore faut-il qu'il y ait une obligation. En l'espèce, l'obligation de l'employeur est tout au plus une obligation de mandataire. S'il reçoit des clients des sommes destinées à ses employés il est obligé de les remettre. Mais s'il ne reçoit rien des clients il ne doit rien à ses employés.

Enfin, le procureur de l'intimé s'appuie sur l'al. 3(1)a) de la Loi qui définit l'emploi assurable:

3. (1) Un emploi assurable est un emploi non compris dans les emplois exclus et qui est

a) un emploi exercé au Canada pour un ou plusieurs employeurs, en vertu d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage exprès ou tacite, écrit ou verbal, que l'employé reçoive sa rémunération de l'employeur ou d'une autre personne et que la rémunération soit calculée soit au temps ou aux pièces, soit en partie au temps et en partie aux pièces, soit de quelque autre manière;

L'on aura noté les mots «que l'employé reçoive sa rémunération de l'employeur ou d'une autre personne». Il n'y a pas lieu dans ces motifs d'analyser les effets de cette définition de l'emploi assura-

sections of the Act or the Regulations. Suffice it to say that, in my opinion, this definition does not have the effect of altering the obligation imposed on the employer by s. 68 of the Act, and confirmed by s. 3(1) of the Regulations, to deduct and pay premiums, with reference to the remuneration paid by the employer: "Every employer paying remuneration . . . shall deduct from such remuneration . . ."

For these reasons I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the decision of the umpire, with costs in all courts.

Appeal dismissed with costs, BEETZ, MCINTYRE and CHOUINARD JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Wendlandt, Bennett & Paré, Montréal.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

ble sur les autres articles de la Loi ou du règlement. Il suffit de dire que cette définition n'a pas pour effet, à mon avis, de modifier l'obligation imposée à l'employeur par l'art. 68 de la Loi, confirmée par le par. 3(1) du règlement, de retenir et de verser des cotisations et qui se rapportent à la rémunération payée par l'employeur: «Tout employeur qui paie une rémunération . . . doit retenir sur cette rémunération . . . ».

Pour ces motifs je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge-arbitre, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges BEETZ, MCINTYRE et CHOUINARD sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Wendlandt, Bennett & Paré, Montréal.

Procureur de l'intimé: Roger Tassé, Ottawa.

Philroy Farquharson *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17755.

1986: May 1; 1986: May 22.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson,
Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Criminal law — Convictions for attempted robbery
and use of firearm upheld by Court of Appeal — No
error of law committed at trial — No miscarriage of
justice.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court
of Appeal (1983), 6 C.C.C. (3d) 29 (*sub nom. R.
v. McLeod, Pinnock and Farquharson*), dismissing
appellant's appeal from his convictions for
attempted robbery and use of a firearm. Appeal
dismissed.

Clayton C. Ruby and Michael Code, for the
appellant.

Douglas C. Hunt, Q.C., and *Jocelyn Van Over-
beek*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We are of the view that the
verdicts of guilt are not unreasonable and can be
supported by the evidence, that as regards the
counts on which the accused was found guilty no
error of law was committed at trial, and that there
was no miscarriage of justice. Accordingly, we
would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

*Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh,
Toronto.*

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

Philroy Farquharson *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° du greffe: 17755.

1986: 1^{er} mai; 1986: 22 mai.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer,
^b Wilson, Le Dain et La Forest.

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

*Droit criminel — Maintien par la Cour d'appel des
déclarations de culpabilité de tentative de vol qualifié
et d'usage d'une arme à feu — Aucune erreur de droit
commise au procès — Aucune erreur judiciaire.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel
de l'Ontario (1983), 6 C.C.C. (3d) 29 (*sub nom.*
^d *R. v. McLeod, Pinnock and Farquharson*), qui a
rejeté l'appel interjeté par l'appellant à l'encontre
de ses déclarations de culpabilité de tentative de
vol qualifié et d'usage d'une arme à feu. Pourvoi
^e rejeté.

Clayton C. Ruby et Michael Code, pour
l'appellant.

Douglas C. Hunt, c.r., et *Jocelyn Van Overbeek*,
^f pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Nous sommes d'avis que les verdicts
de culpabilité ne sont pas déraisonnables et peu-
vent être étayés par la preuve, qu'en ce qui con-
cerne les chefs d'accusation dont l'accusé a été
trouvé coupable aucune erreur de droit n'a été
commise au procès et qu'il n'y a pas eu d'erreur
^h judiciaire. En conséquence, nous sommes d'avis de
rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

*Procureurs de l'appellant: Ruby & Edwardh,
ⁱ Toronto.*

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

St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. Ltd.*Appellant;*

and

Canadian Paper Workers Union, Local 219
Respondent.

File No.: 17485.

1984: December 10; 1986: June 12.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Labour relations — Collective agreement — Breach — Strike notwithstanding no strike clause in agreement and in defiance of court injunction — Action by employer for damages — Whether court had jurisdiction to entertain action or whether jurisdiction restricted to arbitration board by statutory scheme — Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 53(1), 55(1), 91(1).

Courts — Jurisdiction — Labour relations — Collective agreement — Breach — Strike notwithstanding no strike clause in agreement and in defiance of court injunction — Action by employer for damages — Whether court had jurisdiction to entertain action or whether jurisdiction restricted to arbitration board by statutory scheme.

Appellant claimed damages from respondent for the losses flowing from the virtual shutdown of its plant when its mill employees walked out in sympathy with a legal strike by its office employees, notwithstanding the fact that the mill unit was bound by a collective agreement banning strikes and lock-outs. The claim was based on the fact that the walkout had violated both the collective agreement and the *Industrial Relations Act*. Prior to trial, the trial judge raised the preliminary question of whether the court had jurisdiction to hear a claim arising out of a collective agreement, given the comprehensive provision in the *Industrial Relations Act* for the submission to arbitration of all differences between parties to a collective agreement. That question was answered in the negative at trial and the conclusion upheld on appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. Ltd.*Appelante;*

et

a Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier
Intimée.

N° du greffe: 17485.

b 1984: 10 décembre; 1986: 12 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
c NOUVEAU-BRUNSWICK

Relations de travail — Convention collective — Violation — Grève déclenchée malgré l'interdiction de grève stipulée dans la convention collective et au mépris d'une injonction judiciaire — Action en dommages-intérêts intentée par l'employeur — Le tribunal avait-il compétence pour connaître de l'action ou la Loi donnait-elle compétence exclusive au conseil d'arbitrage? — Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4, art. 53(1), 55(1), 91(1).

Tribunaux — Compétence — Relations de travail — Convention collective — Violation — Grève déclenchée malgré l'interdiction de grève stipulée dans la convention collective et au mépris d'une injonction judiciaire — Action en dommages-intérêts intentée par l'employeur — Le tribunal avait-il compétence pour connaître de l'action ou la Loi donnait-elle compétence exclusive au conseil d'arbitrage?

L'appelante a réclamé à l'intimée des dommages-intérêts pour les pertes résultant de ce qui était en fait la fermeture de son usine provoquée par le débrayage des ouvriers de l'usine en signe de solidarité avec les employés de bureau qui étaient légalement en grève. Ce débrayage a eu lieu bien que la convention collective de l'unité des ouvriers de l'usine interdisait les grèves et les lock-out. La réclamation était fondée sur la violation de la convention collective et de la *Loi sur les relations industrielles*. Avant l'instruction, le juge de première instance a soulevé la question préliminaire de savoir si, compte tenu de la disposition générale de la *Loi sur les relations industrielles* prévoyant le recours à l'arbitrage dans tous les cas de différends entre les parties à une convention collective, le tribunal était compétent pour entendre une demande fondée sur cette convention. Le juge de première instance a répondu à cette question par la négative et sa conclusion a été confirmée en appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

The grievance and arbitration procedures provided for in labour relations statutes generally provide the exclusive recourse open to parties to a collective agreement for its enforcement. This is true whether or not the questions in issue might have arisen under the common law of master and servant in the absence of a collective bargaining regime, if the collective agreement binding the parties provides for the matters in issue. It is also true whether or not the meaning or application of a collective agreement's terms are disputed.

Judicial deference to the arbitration process is present whether the board in question is a statutory tribunal or a private tribunal not created by statute. This deference springs from the idea that, were the courts available as an alternative forum, violence would be done to a comprehensive statutory scheme designed to govern all aspects of the relationship of the parties in a labour dispute setting.

The power of the court to enjoin illegal strike activity, nevertheless, is not diminished where the grievance and arbitration process can provide no adequate remedy in the circumstances. This power is not to enforce collective agreements *per se* but to enforce the general law embodied in the statute, including an express prohibition on strikes during the currency of a collective agreement and provision for binding and enforceable arbitration. While an injunction might incidentally enforce rights and obligations under a collective agreement, these incidental effects are not sufficient to deny an injunction to prevent immediate harm arising out of a clearly illegal act where no alternative remedy exists.

The equitable jurisdiction to award damages in substitution for or in addition to an injunction cannot provide the basis for the relief sought here. The damages sought were not in substitution for an injunction because an injunction had been issued. The failure of the injunction to operate was corrected by contempt orders — the proper means of enforcing an injunction. Civil damages are not part of the weaponry of the court in ensuring compliance.

Section 91 of the *Industrial Relations Act* did not establish a cause of action for damages. It is simply one of a series of restrictive provisions forming part of a complex structure governing labour relations. Burdening that structure with collateral actions for damages is

Les procédures de grief et d'arbitrage établies dans les lois sur les relations de travail prévoient en général quel est le recours exclusif des parties à une convention collective pour son application. Peu importe que les questions en litige aient pu résulter en *common law* de la relation employeur-employé en l'absence d'un régime de négociations collectives, si la convention collective qui lie les parties prévoit les questions en litige. Peu importe également de savoir si l'interprétation ou l'application des termes d'une convention collective sont en litige.

Le respect de la part des juges envers la procédure d'arbitrage existe, que l'organisme en question soit un tribunal créé par la loi ou un tribunal de nature privée, dont la création ne résulte d'aucune loi. Il s'agit d'un respect issu de l'idée que si les parties avaient accès aux tribunaux comme autres juridictions, on porterait atteinte à un régime législatif global destiné à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail.

Le pouvoir du tribunal d'interdire une grève illégale n'est néanmoins pas amoindri lorsque le processus de grief et d'arbitrage ne peut offrir de solution adéquate dans les circonstances. Ce n'est pas un pouvoir d'appliquer les conventions collectives comme telles; c'est plutôt un pouvoir d'appliquer le droit commun tel qu'il est consacré dans la loi, et qui comprend à la fois une interdiction expresse des grèves pendant la durée d'une convention collective et une disposition en matière d'arbitrage obligatoire et exécutoire. Bien qu'une injonction puisse de manière accessoire obliger les parties à respecter les droits et à remplir les obligations découlant d'une convention collective, ces effets accessoires ne constituent pas un motif suffisant pour refuser une injonction visant à empêcher le préjudice immédiat qui découle d'un acte clairement illégal, en l'absence de tout autre recours.

La compétence d'*equity* permettant d'accorder des dommages-intérêts à la place d'une injonction ou en plus de celle-ci ne peut servir de fondement au redressement demandé en l'espèce. Les dommages-intérêts n'ont pas été réclamés à la place d'une injonction parce qu'une injonction avait été délivrée. L'échec de l'injonction a été corrigé par des ordonnances d'outrage au tribunal, soit le moyen approprié d'exécution d'une injonction. Les dommages-intérêts civils ne font pas partie de l'arsenal dont dispose un tribunal pour assurer le respect de ses injonctions.

L'article 91 de la *Loi sur les relations industrielles* n'établit pas de cause d'action en dommages-intérêts. Il s'agit simplement d'un élément d'une série de dispositions restrictives faisant partie d'une structure complexe qui régit les relations de travail. Il est contraire à l'objet

hostile to the purpose and philosophy of such legislation. Damages, where they are appropriate compensation for action in breach of both the legislation and the collective agreement, are properly available in an arbitration based on the terms of the collective agreement, and not in a court action based on the terms of the statute.

Cases cited

International Brotherhood of Electrical Engineers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange, [1967] S.C.R. 628; *Winnipeg Teachers' Association v. Winnipeg School Division No. 1*, [1976] 2 S.C.R. 695; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537, considered; *Shell Canada Ltd. v. United Oil Workers of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 181; *Hamilton Street Railway Co. v. Northcott*, [1967] S.C.R. 3; *Woods v. Miramichi Hospital* (1966), 59 D.L.R. (2d) 290; *Logan v. Board of School Trustees District No. 14* (1973), 40 D.L.R. (3d) 152; *Foisy v. Bell Canada* (1984), 18 D.L.R. (4th) 222, [1984] C.S. 1164; *Shank v. The KVP Co.*, [1966] 2 O.R. 847; *Close v. Globe & Mail Ltd.* (1966), 60 D.L.R. (2d) 105; *Acadia Pulp and Paper Ltd. v. International Brotherhood of Pulp, Sulphite and Paper Mill Workers* (1970), 15 D.L.R. (3d) 227; *Ford v. Trustees of the Ottawa Civic Hospital*, [1973] 3 O.R. 437; *Binder v. Halifax County Municipal School Board* (1978), 84 D.L.R. (3d) 494; *Bergeron v. Kingsway Transports Ltd.* (1979), 23 O.R. (2d) 332; *Campbell v. East-West Packers (1969) Ltd.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 90; *Lawn v. Algonquin College of Applied Arts and Technology* (1982), 39 O.R. (2d) 377; *Hooper v. Wellington County Board of Education* (1984), 46 O.R. (2d) 680; *Bourne v. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321; *Caines v. Cape Breton Development Corp.* (1973), 39 D.L.R. (3d) 606; *Downey v. Scotia Square Hotel Ltd.* (1974), 55 D.L.R. (3d) 300; *Drogt v. Robson-Lang Leathers Ltd.*, [1971] 3 O.R. 488; *Perini Pacific Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1961), 28 D.L.R. (2d) 727; *Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106*, [1982] 2 S.C.R. 888; *Howe Sound Co. v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663*, [1962] S.C.R. 318; *International Longshoremen's Association, Locals 273, 1039, 1764 v. Maritime Employers' Association*, [1979] 1 S.C.R. 120; *British Columbia Maritime Employers Assn. v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union—Canadian Area*, [1972] 5 W.W.R. 738; *Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. v. Industrial Union of Marine and Shipbuilding Workers, Local 3* (1979), 26 N.B.R.

et à la philosophie de ces textes législatifs d'alourdir cette structure par des actions connexes en dommages-intérêts. Lorsque les dommages-intérêts constituent le juste dédommagement pour un acte accompli en violation de la loi et de la convention collective, on peut à bon droit les obtenir au cours d'un arbitrage fondé sur les termes de la convention collective, et non au cours d'une action devant les tribunaux fondée sur les termes de la Loi.

b Jurisprudence

Arrêts examinés: *International Brotherhood of Electrical Engineers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Winnipeg Teachers' Association c. Winnipeg School Division No. 1*, [1976] 2 R.C.S. 695; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537; arrêts mentionnés: *Shell Canada Ltd. c. Travailleurs Unis du Pétrole du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 181; *Hamilton Street Railway Co. v. Northcott*, [1967] R.C.S. 3; *Woods v. Miramichi Hospital* (1966), 59 D.L.R. (2d) 290; *Logan v. Board of School Trustees District No. 14* (1973), 40 D.L.R. (3d) 152; *Foisy c. Bell Canada*, [1984] C.S. 1164, 18 D.L.R. (4th) 222; *Shank v. The KVP Co.*, [1966] 2 O.R. 847; *Close v. Globe & Mail Ltd.* (1966), 60 D.L.R. (2d) 105; *Acadia Pulp and Paper Ltd. v. International Brotherhood of Pulp, Sulphite and Paper Mill Workers* (1970), 15 D.L.R. (3d) 227; *Ford v. Trustees of the Ottawa Civic Hospital*, [1973] 3 O.R. 437; *Binder v. Halifax County Municipal School Board* (1978), 84 D.L.R. (3d) 494; *Bergeron v. Kingsway Transports Ltd.* (1979), 23 O.R. (2d) 332; *Campbell v. East-West Packers (1969) Ltd.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 90; *Lawn v. Algonquin College of Applied Arts and Technology* (1982), 39 O.R. (2d) 377; *Hooper v. Wellington County Board of Education* (1984), 46 O.R. (2d) 680; *Bourne v. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321; *Caines v. Cape Breton Development Corp.* (1973), 39 D.L.R. (3d) 606; *Downey v. Scotia Square Hotel Ltd.* (1974), 55 D.L.R. (3d) 300; *Drogt v. Robson-Lang Leathers Ltd.*, [1971] 3 O.R. 488; *Perini Pacific Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1961), 28 D.L.R. (2d) 727; *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106*, [1982] 2 R.C.S. 888; *Howe Sound Co. v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663*, [1962] R.C.S. 318; *Association internationale des débardeurs, sections locales 273, 1039, 1764 c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120; *British Columbia Maritime Employers Assn. v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union—Canadian Area*, [1972] 5 W.W.R. 738; *Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. v. Industrial Union of Marine and Shipbuilding Workers*,

(2d) 179; *New Brunswick Electric Power Commission v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 1733* (1978), 22 N.B.R. (2d) 364; *Re International Nickel Co. of Canada and Rivando*, [1956] O.R. 379; *Barraclough v. Brown*, [1897] A.C. 615; *Young v. Canadian Northern Ry. Co.*, [1931] A.C. 83; *Textile Workers v. Lincoln Mills of Alabama*, 353 U.S. 448 (1957); *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960); *Transport Labour Relations v. General Truck Drivers & Helpers Union, Local No. 31* (1974), 54 D.L.R. (3d) 457, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1.
Chancery Amendment Act (Lord Cairns' Act), 21 & 22 Vict., c. 27.
Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.), c. 11, s. 115.
Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 53(1), 55(1), (2), 56(2), 91(1), 102(3), 109(4), 111(1).
Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2.
Labour Relations Act, R.S.N.B. 1952, c. 124, s. 18(3).
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228.
Rights of Labour Act, R.S.O. 1980, c. 456, s. 3(3).
Trade-unions Act, R.S.B.C. 1960, c. 384, s. 4.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, Aurora, Ont., Law Book Inc., 1985.
 De Smith, S. A. *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans, London, Stevens & Sons, 1980.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1982), 142 D.L.R. (3d) 678, 44 N.B.R. (2d) 10, 116 A.P.R. 10, 82 CLLC ¶14, 216, dismissing an appeal from a judgment of Higgins J. declining jurisdiction. Appeal dismissed.

J. Gordon Petrie, Q.C., and *Donald E. MacPherson*, for the appellant.

Brian Neill and *Robert Breen*, for the respondent.

Local 3 (1979), 26 N.B.R. (2d) 179; *New Brunswick Electric Power Commission v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 1733* (1978), 22 N.B.R. (2d) 364; *Re International Nickel Co. of Canada and Rivando*, [1956] O.R. 379; *Barraclough v. Brown*, [1897] A.C. 615; *Young v. Canadian Northern Ry. Co.*, [1931] A.C. 83; *Textile Workers v. Lincoln Mills of Alabama*, 353 U.S. 448 (1957); *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960); *Transport Labour Relations v. General Truck Drivers & Helpers Union, Local No. 31* (1974), 54 D.L.R. (3d) 457.

Lois et règlements cités

^c *Chancery Amendment Act* (Lord Cairns' Act), 21 & 22 Vict., chap. 27.
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1.
Labour Relations Act, R.S.N.B. 1952, chap. 124, art. 18(3).
^d *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, 1984 (Ont.), chap. 11, art. 115.
Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2.
Loi sur les droits syndicaux, L.R.O. 1980, chap. 456, art. 3(3).
^e *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, chap. 228.
Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4, art. 53(1), 55(1), (2), 56(2), 91(1), 102(3), 109(4), 111(1).
Trade-unions Act, R.S.B.C. 1960, chap. 384, art. 4.

^f

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, Aurora, Ont., Law Book Inc., 1985.
^g De Smith, S. A. *De Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans, London, Stevens & Sons, 1980.

^h POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1982), 142 D.L.R. (3d) 678, 44 N.B.R. (2d) 10, 116 A.P.R. 10, 82 CLLC ¶14, 216, rejetant un appel d'un jugement du juge Higgins qui avait décliné compétence. Pourvoi rejeté.

ⁱ

J. Gordon Petrie, c.r., et *Donald E. MacPherson*, pour l'appelante.

^j

Brian Neill et *Robert Breen*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This case raises for the first time in this Court the question whether a court of otherwise competent jurisdiction is authorized to receive a claim by an employer for damages against a trade union, the bargaining agent for its employees, by reason of a strike which was allegedly, and on the record before this Court, apparently, illegal under the applicable labour relations statute, and which was at the same time a breach of a collective agreement to which the employer and the trade union are parties. In earlier proceedings, the details of which are not disclosed in the record in this appeal, the employer obtained an interlocutory injunction enjoining the continuance of a strike by this group of employees. Apparently the claim for damages, the issue now before the Court, arose in the same proceedings, although there is no mention of a claim for injunction in the prayer for relief in the statement of claim issued some months after the interlocutory injunction.

The issue in this appeal was expressly left open by this Court in *Shell Canada Ltd. v. United Oil Workers of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 181, per Chouinard J., at p. 189. There are numerous instances where the courts have issued injunctions in such circumstances, and the jurisdiction to do so was settled in *International Brotherhood of Electrical Engineers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628. The courts have also awarded damages in similar circumstances (i.e., *Winnipeg Teachers' Association v. Winnipeg School Division No. 1*, [1976] 2 S.C.R. 695) but in those cases the issue of the jurisdiction of the court to do so was not challenged by the parties.

The respondent is a trade union certified to represent the workers at the appellant's pulp and paper mill situated in the town of Nackawic, New Brunswick. There are three bargaining units, two of which concern us here, the mill unit and the office unit. On May 29, 1981, their collective

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—La présente affaire soulève pour la première fois devant cette Cour la question de savoir si un tribunal compétent est autorisé à connaître d'une réclamation en dommages-intérêts d'un employeur contre un syndicat, l'agent négociateur de ses employés, en raison d'une grève qui était, prétend-on, et d'après le dossier devant cette Cour, apparemment illégale aux termes de la loi applicable sur les relations de travail et qui était en même temps une violation de la convention collective à laquelle sont parties l'employeur et le syndicat. Dans des procédures antérieures, dont les détails n'ont pas été consignés au dossier du présent pourvoi, l'employeur a obtenu une injonction interlocutoire interdisant la poursuite d'une grève par ce groupe d'employés. Apparemment, la réclamation en dommages-intérêts, savoir la question qui est maintenant présentée devant la Cour, a été soulevée dans les mêmes procédures, bien qu'il n'y ait aucune mention d'une demande d'injonction dans les conclusions de la déclaration présentée quelques mois après l'injonction interlocutoire.

La question posée dans le présent pourvoi a expressément été laissée sans réponse par cette Cour dans l'arrêt *Shell Canada Ltd. c. Travailleurs Unis du Pétrole du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 181, le juge Chouinard à la p. 189. Il y a de nombreux cas où les tribunaux ont délivré des injonctions dans de telles circonstances et la compétence à cet égard a été réglée dans l'arrêt *International Brotherhood of Electrical Engineers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628. Les tribunaux ont également accordé des dommages-intérêts dans des circonstances semblables (par ex.: *Winnipeg Teachers' Association c. Winnipeg School Division No. 1*, [1976] 2 R.C.S. 695), mais dans ces affaires la question de la compétence du tribunal à cet égard n'avait pas été contestée par les parties.

L'intimée est un syndicat enregistré pour représenter les ouvriers de l'usine de pâtes et papiers de l'appelante située dans la ville de Nackawic au Nouveau-Brunswick. Il y a trois unités de négociation, dont deux sont visées en l'espèce; l'unité qui représente les ouvriers de l'usine et l'unité qui

agreement having expired, the office unit workers commenced a legal strike and set up picket lines at entrances to the mill. The mill unit workers, whose collective agreement was still in force, withdrew their services in sympathy on the same day. The appellant commenced the present action in the Court of Queen's Bench on June 1, 1981, and obtained an interlocutory injunction on June 3, 1981. The claim for damages is found in the statement of claim issued on September 21, 1981 and relates to compensation sought for the considerable daily losses resulting from what was effectively a plant shut-down caused by the mill workers' strike. Although the interlocutory injunction was issued on June 3, 1981, the mill workers did not return to work until June 7, the Court having on June 6 made a contempt order against the respondent and three of its officers. The mill workers again withdrew their labour on June 22, 1981. A second contempt order was made on June 27, but the mill workers did not return to work until July 3, 1981, when a new collective agreement was signed by the office workers. The court imposed on the respondent fines of \$15,000 and \$25,000 on the successive findings of contempt. There was no issue raised as to the jurisdiction of the court on return of the interlocutory motion for injunction or at the time of the contempt proceedings.

In its pleadings, the appellant based its claim on the following ground:

The said unlawful strike referred to in paragraph 6, was in breach of the Collective Agreement between the Plaintiff and the Defendant and in violation of the Industrial Relations Act.

The collective agreement referred to was the one between the mill unit and the appellant. It had an expiry date of July 31, 1982, and provided that, "There shall be no strike, lockout, stoppage, slow-down or restriction of output during the life of this Agreement." The relevant sections of the *Indus-*

représente les employés de bureau. Le 29 mai 1981, la convention collective des employés de l'unité de bureau ayant pris fin, ils ont entrepris une grève légale et ont dressé des piquets de grève devant les entrées de l'usine. Les ouvriers de l'unité de l'usine dont la convention collective était toujours en vigueur, ont débrayé par solidarité le même jour. L'appelante a intenté la présente action devant la Cour du Banc de la Reine le 1^{er} juin 1981 et a obtenu une injonction interlocutoire le 3 juin 1981. La réclamation en dommages-intérêts se trouve dans la déclaration produite le 21 septembre 1981 et se rapporte au dédommagement demandé pour compenser les pertes quotidiennes considérables qui résultent de ce qui a, en fait, été la fermeture de l'usine en raison de la grève des ouvriers de l'usine. Bien que l'injonction interlocutoire ait été délivrée le 3 juin 1981, les ouvriers de l'unité de l'usine ne sont pas revenus au travail avant le 7 juin, la cour ayant rendu le 6 juin une ordonnance d'outrage au tribunal contre l'intimée et trois de ses dirigeants. Les ouvriers de l'usine ont encore une fois débrayé le 22 juin 1981. Une deuxième ordonnance d'outrage au tribunal a été rendue le 27 juin, mais les ouvriers de l'usine ne sont pas revenus au travail avant le 3 juillet 1981, lorsqu'une nouvelle convention collective a été signée par les employés de bureau. La cour a imposé à l'intimée des amendes de 15 000 \$ et de 25 000 \$ à l'égard des outrages au tribunal successifs. La question de la compétence du tribunal n'a pas été soulevée à l'audience relative à la requête en injonction interlocutoire ni au moment des procédures relatives à l'outrage au tribunal.

Dans ses plaidoiries, l'appelante a fondé sa réclamation sur le moyen suivant:

[TRADUCTION] Ladite grève illégale visée au paragraphe 6 violait la convention collective conclue entre la demanderesse et la défenderesse et violait la Loi sur les relations industrielles.

La convention collective mentionnée était celle qui existait entre l'unité de l'usine et l'appelante. Elle prenait fin le 31 juillet 1982 et prévoyait que [TRADUCTION] «Il n'y aura aucune grève, lock-out, arrêt, ralentissement ou limitation de la production tant que la présente convention sera en

trial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, as amended, are as follows:

53(1) Every collective agreement shall provide that there shall be no strikes or lock-outs so long as the agreement continues to operate.

91(1) Where a collective agreement is in operation, no employee bound by the agreement shall strike and no employer bound by the agreement shall lock-out such an employee except as permitted in subsection (3) [which is not relevant to the present case].

The Act further provides, however, and this is what led to the trial judge's reservation of the question of the court's jurisdiction as a preliminary matter, that:

55(1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration or otherwise, without stoppage of work, of all differences between the parties to, or persons bound by, the agreement or on whose behalf it was entered into, concerning its interpretation, application, administration or an alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

Where a collective agreement does not so provide, a very comprehensive arbitration clause is, by s. 55(2), deemed to be a provision of the agreement. The collective agreement between the appellant and respondent in this case did provide for arbitration. Clause 8 provided a procedure to be followed in the "Adjustment of Complaints" which culminated in the appointment of a three member arbitration board whose decision would be "final and binding upon both parties to the Agreement". The clause further provided,

It is understood that the function of the Arbitration Board shall be to interpret and apply the provisions of this Agreement . . .

To the extent that the clause may not require that all differences between the parties concerning the matters mentioned in s. 55(1) of the Act would be subject to binding settlement through arbitration, the provisions of the statute in s. 55(2) would in any case require all such differences to be settled by arbitration without stoppage of work.

vigueur.» Les articles pertinents de la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. (1973), chap. I-4, et modifications, sont les suivants:

53(1) Toute convention collective doit stipuler qu'aucune grève, ni lock-out n'est autorisé, tant que la convention continue d'être en vigueur.

91(1) Lorsqu'une convention collective est en vigueur, aucun salarié qu'elle lie ne doit faire la grève et aucun employeur qu'elle lie ne doit imposer de lock-out à ce salarié, sauf en conformité du paragraphe (3) [qui n'est pas pertinent en l'espèce].

Toutefois, la Loi prévoit en outre, et c'est ce qui a amené le juge de première instance à mettre de côté la question de la compétence du tribunal à titre de question préliminaire:

55(1) Toute convention collective doit prévoir des dispositions pour le règlement définitif et obligatoire, par voie d'arbitrage ou autrement et sans arrêt de travail, de tous conflits entre les parties à la convention ou entre les personnes liées par elle, ou au nom desquelles elle a été conclue, relativement à son interprétation, à son application, à son exécution ou à une violation alléguée de la convention, y compris le fait de savoir si une question est arbitrable.

Lorsque la convention collective ne le prévoit pas, une clause d'arbitrage très générale est, en vertu du par. 55(2), réputée être une disposition de la convention. En l'espèce, la convention collective conclue entre l'appelante et l'intimée ne prévoit pas l'arbitrage. La clause 8 prévoit une procédure à suivre dans le cas du [TRADUCTION] «règlement des plaintes» qui se termine par la nomination d'un conseil d'arbitrage de trois membres dont la décision serait [TRADUCTION] «finale et obligatoire pour les deux parties à la convention». La clause prévoit en outre,

[TRADUCTION] il est entendu que la fonction du conseil d'arbitrage sera d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la présente convention . . .

Dans la mesure où la clause ne peut pas exiger que tous les différends entre les parties concernant les affaires mentionnées au par. 55(1) de la Loi soient assujettis au règlement obligatoire au moyen de l'arbitrage, les dispositions du par. 55(2) de la Loi exigeraient dans tous les cas que ces différends soient réglés par l'arbitrage sans arrêt de travail.

The preliminary question raised by the trial judge prior to trial, put simply, is whether, given the comprehensive provision for the submission to arbitration of all differences between the parties to a collective agreement, the court has any jurisdiction to hear a claim arising out of that agreement. This question was answered in the negative at trial, and the trial judge's conclusion was affirmed on appeal, *per* La Forest J.A., then a member of the New Brunswick Court of Appeal.

La Forest J.A. considered several alternative bases for the appellant's action. He concluded that in so far as the damage claim was based on a breach of the collective agreement, no action in the courts for damages at common law was available. Secondly, he considered the availability of a cause of action based on the provisions of the *Industrial Relations Act*. It was decided that the courts are given no jurisdiction by this Act to deal with the settlement of differences arising under collective agreements. Furthermore, no action lay for the breach of s. 91(1) of the Act. The legislation provided adequate sanctions, both civil (through arbitration) and penal (see s. 109(4)) for breach of statutory duties. In the circumstances, there was no room to assume that the legislature intended the parties to a collective agreement to have in addition recourse to the civil courts. Finally, La Forest J.A. rejected the contention that damages could be sought in this case by invoking the tort of conspiracy.

An early consideration of the relative jurisdictions of court and arbitration board to entertain claims for breach of a collective agreement is found in *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718, where the employees claimed severance pay under their collective agreement after their employer had closed the plant during an illegal strike. Laskin C.J., writing for the majority, raised the issue of the Court's jurisdiction to hear a claim based on interpretation of a collective agreement which provided for grievance proce-

La question préliminaire qu'a soulevée le juge de première instance avant l'instruction, est simplement de savoir si, compte tenu de la disposition générale prévoyant le recours à l'arbitrage dans tous les cas de différends entre les parties à une convention collective, le tribunal est compétent pour entendre une demande qui porte sur cette convention collective. Le juge de première instance a répondu à cette question par la négative et sa conclusion a été confirmée en appel, par le juge La Forest, alors membre de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

Le juge La Forest a examiné plusieurs autres fondements pour l'action de l'appelante. Il a conclu que dans la mesure où la réclamation en dommages-intérêts était fondée sur la violation d'une convention collective, aucune action en dommages-intérêts en *common law* n'était possible. Deuxièmement, il a examiné la possibilité d'invoquer une cause d'action fondée sur les dispositions de la *Loi sur les relations industrielles*. Il a conclu que la Loi n'accorde pas aux tribunaux compétence pour traiter du règlement de différends qui découlent des conventions collectives. En outre, la violation du par. 91(1) de la Loi ne peut pas servir de fondement à une action. La mesure législative prévoit des sanctions adéquates, civiles (par l'arbitrage) et pénale (voir le par. 109(4)) pour la violation des obligations qui découlent de la Loi. Compte tenu des circonstances, on ne pouvait présumer que la législature voulait que les parties à une convention collective aient en plus un recours devant les tribunaux civils. Finalement, le juge La Forest a rejeté l'argument selon lequel on pouvait demander des dommages-intérêts dans cette affaire en invoquant le délit de coalition.

Une des premières fois où l'on a examiné les compétences relatives des tribunaux et d'un conseil d'arbitrage pour entendre les demandes en matière de violation d'une convention collective est l'arrêt *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, dans lequel les employés réclamaient une indemnité de cessation d'emploi prévue dans leur convention collective après que leur employeur eut fermé l'usine pendant une grève illégale. Le juge en chef Laskin, au nom de la majorité, a soulevé la question de la compétence de

dures and binding arbitration of such issues. He wrote at p. 721 that:

There was no contention in defence that the appropriate proceedings should have been by way of arbitration under the collective agreement, and it does not appear that any such position was taken either before the trial judge or in the British Columbia Court of Appeal. This Court refrained therefore in this case from taking any position on this question and is content to deal with the legal issue or issues as having been properly submitted to the Courts for adjudication.

The same approach was taken in the *Winnipeg Teachers' Association* case, *supra*, per Martland J. at p. 718. The majority of the Court in that case acknowledged as well founded an employer's claim for damages arising out of the employees' "work to rule" under the collective agreement. Laskin C.J., however, writing in dissent, took the position that if the parties had raised the issue, he would have allowed the appeal solely on the basis that (pp. 706-07):

... the machinery for determining contract disputes as prescribed by the collective agreement is not only better suited than resort to the Court, but ought to have been resorted to here for resolving what emerged as a difference about the nature or scope of the contractual obligation of the appellant's members and of the appellant itself.

Article 11 of the agreement establishes both adjustment and arbitration machinery to resolve differences as to the interpretation or application of the provisions of the agreement. Arbitration ... is the resort specified when there is "any difference between the parties to, or persons bound by the agreement or on whose behalf it was entered into, concerning its content, meaning application or violation". In fine, what the parties brought before the Court in this case was a matter which should have been submitted in the first place to adjustment and, if not adjusted, to arbitration under art. 11. Their consent or choice to go to the Courts cannot of itself command the Courts' intercession by way of original adjudication.

la Cour pour entendre une demande fondée sur l'interprétation d'une convention collective qui prévoyait des procédures de grief et l'arbitrage obligatoire de ces questions. Il a écrit à la p. 721:

^a Il n'a aucunement été allégué en défense que la procédure aurait dû être celle de l'arbitrage en vertu de la convention collective et il ne semble pas qu'on ait fait valoir cet argument ni devant le juge de première instance ni devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Par conséquent, cette Cour s'abstient de formuler tout commentaire à cet égard et elle considère que les tribunaux ont été régulièrement saisis du ou des points de droit litigieux.

^c La même démarche a été adoptée dans l'arrêt *Winnipeg Teachers' Association*, précité, par le juge Martland à la p. 718. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu à la majorité le bien-fondé de la réclamation d'un employeur en vue d'obtenir des dommages-intérêts découlant du fait que les employés s'en étaient tenus à la lettre de la convention collective. Toutefois, le juge en chef Laskin, en dissidence, a adopté la position que, si les parties avaient soulevé la question, il aurait accueilli le pourvoi uniquement sur le fondement que (aux pp. 706 et 707):

... le mécanisme de règlement prescrit par la convention collective pour les litiges en découlant, est préférable au recours en justice, mais on aurait dû s'en servir ici pour résoudre ce qui est apparu comme un différend sur la nature ou la portée de l'obligation contractuelle des membres de l'appelante et de l'appelante elle-même.

^g

L'article 11 de la convention établit un mécanisme de règlement et d'arbitrage pour résoudre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des clauses de la convention. L'arbitrage ... est le recours à utiliser en cas de (TRADUCTION) «désaccord entre les parties à la convention, ou entre les personnes liées par elle ou entre les personnes au nom desquelles elle a été conclue, sur son contenu, sa signification, son application ou sa violation». Finalement, ce que les parties ont soumis à la Cour en l'occurrence, est une question qui aurait dû être déferée d'abord au mécanisme de règlement puis, advenant un échec, à l'arbitrage selon l'art. 11. Le consentement ou la décision des parties de recourir aux tribunaux n'autorisent pas pour autant la médiation directe de ces derniers par voie de sentence arbitrale.

The later case of *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537, involved an employee's claim that, under a collective agreement between his union and his employer, he was entitled to have been offered a less strenuous job after an accident. The union had decided not to take his grievance to arbitration. This Court held it had no jurisdiction to entertain the plaintiff's claim. Pigeon J. wrote at p. 542:

To admit of a right to go to the Superior Court instead of having recourse to arbitration whenever a sum of money is claimed under a collective agreement would make totally ineffective the provision of s. 88 of the [Quebec] *Labour Code*, which reads as follows. . . :

88. Every grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the collective agreement if it so provides

The Quebec statute considered in *Brunet* enabled the employer and the bargaining agent to establish rights for the benefit of employees which could only be realized by the procedure specified in the collective agreement. It is apparent from other passages in the judgment that the foundation for Pigeon J.'s decision was the idea that the rights asserted by the employee could not, under terms of the collective agreement in which they originated, have been asserted by him in a court in any case. Carriage of grievances was conferred by the collective agreement exclusively on the union (see pp. 548-49). Similarly, s. 56(2) of the New Brunswick statute provides that a collective agreement is binding upon the parties thereto and the employees in the bargaining unit, but does not provide an affirmative right of status to grieve to the bound employees. *Brunet* is not, therefore, a case on all fours with the present appeal, where a party otherwise having standing to assert a right is said to have chosen an inappropriate forum in which to assert it.

There are a significant number of decisions doubting the jurisdiction of the courts to hear claims based on the interpretation or application of collective agreements containing provision for binding arbitration. The earlier cases seemed to establish two exceptions to this principle. First, the courts have been held in a number of cases to have

L'arrêt ultérieur *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, portait sur la réclamation d'un employé selon laquelle, en vertu d'une convention collective conclue entre son syndicat et son employeur, il avait le droit qu'on lui offre un emploi moins pénible après un accident. Le syndicat avait décidé de ne pas porter son grief en arbitrage. Cette Cour a conclu qu'elle n'était pas compétente pour entendre la réclamation du demandeur. Le juge Pigeon a écrit à la p. 542:

Reconnaître le droit de s'adresser à la Cour supérieure au lieu de recourir à l'arbitrage chaque fois que l'on réclame une somme d'argent en vertu d'une convention collective rendrait illusoire la disposition de l'art. 88 du *Code du travail* qui se lit comme suit . . .

88. Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit . . .

La loi du Québec examinée dans l'arrêt *Brunet* permettait à l'employeur et à l'agent négociateur d'établir à l'avantage des employés des droits qui pouvaient seulement être réclamés dans le cadre de la procédure prévue dans la convention collective. Il découle clairement de certains autres passages du jugement que le juge Pigeon a fondé sa décision sur l'idée que, de toute façon, en vertu des termes de la convention collective qui les avaient créés, l'employé ne pouvait pas faire valoir devant un tribunal les droits qu'il invoquait. La convention collective conférait au syndicat le pouvoir exclusif de présenter les griefs (voir pp. 548 et 549). De même le par. 56(2) de la loi du Nouveau-Brunswick prévoit qu'une convention collective lie ses signataires et les employés de l'unité de négociation, mais ne prévoit pas un droit positif donnant qualité pour faire un grief aux employés qui sont liés par celle-ci. Par conséquent, l'affaire *Brunet* n'est pas analogue au présent pourvoi dans lequel une partie qui a par ailleurs qualité pour faire valoir un droit n'aurait pas choisi la bonne juridiction devant qui le faire valoir.

Il y a un nombre important de décisions qui mettent en doute la compétence des tribunaux d'entendre les demandes fondées sur l'interprétation ou l'application de conventions collectives qui contiennent une disposition relative à l'arbitrage obligatoire. Les décisions antérieures semblent avoir établi deux exceptions à ce principe.

jurisdiction in a case where, although the claim depends entirely upon a right created by the terms of a collective agreement, the court is not required, in enforcing the right, to interpret the agreement. An example is *Hamilton Street Railway Co. v. Northcott*, [1967] S.C.R. 3, in which a prior arbitration had established the right of a group of employees to unpaid wages, but had not settled the amounts owing to each member of the group. The latter issue was held to be within the Court's jurisdiction.

The second exception consists of cases where the claim can be characterized as arising solely under the common law, and not under the collective agreement. An example is *Woods v. Miramichi Hospital* (1966), 59 D.L.R. (2d) 290 (N.B.C.A.), a case involving a claim by an employee, a member of a bargaining unit, for damages for wrongful dismissal: see also *Logan v. Board of School Trustees District No. 14* (1973), 40 D.L.R. (3d) 152 (N.B.C.A.) In *Foisy v. Bell Canada* (1984), 18 D.L.R. (4th) 222, [1984] C.S. 1164, the court denied its jurisdiction to hear the plaintiff's claim in so far as it depended on contractual rights addressed by the collective agreement, but confirmed its jurisdiction to deal with her claims sounding in delict.

In cases where the claim concerned an entitlement originating in the collective agreement, and the proper interpretation of the agreement was disputed, the courts uniformly have denied that they have jurisdiction: see *Shank v. The KVP Co.*, [1966] 2 O.R. 847 (H.C.), *Close v. Globe & Mail Ltd.* (1966), 60 D.L.R. (2d) 105 (Ont. C.A.), *Acadia Pulp and Paper Ltd. v. International Brotherhood of Pulp, Sulphite and Paper Mill Workers* (1970), 15 D.L.R. (3d) 227 (N.B.Q.B.), *Ford v. Trustees of the Ottawa Civic Hospital*, [1973] 3 O.R. 437 (H.C.), *Binder v. Halifax County Municipal School Board* (1978), 84 D.L.R. (3d) 494 (N.S.C.A.), *Bergeron v. Kings-*

D'abord, dans un certain nombre d'affaires on a jugé que les tribunaux étaient compétents lorsque, bien que la demande ait été entièrement fondée sur un droit créé par les termes d'une convention collective, le tribunal n'était pas tenu, pour appliquer le droit, d'interpréter la convention. Par exemple, dans l'affaire *Hamilton Street Railway Co. v. Northcott*, [1967] R.C.S. 3, un arbitrage antérieur avait établi le droit d'un groupe d'employés à des traitements qui n'avaient pas été payés, mais n'avait pas réglé les montants qui étaient dus à chaque membre du groupe. On a jugé que cette dernière question relevait de la compétence de la Cour.

La deuxième exception est composée d'affaires où la demande peut être caractérisée comme découlant seulement de la *common law*, et non de la convention collective. Par exemple, l'arrêt *Woods v. Miramichi Hospital* (1966), 59 D.L.R. (2d) 290 (C.A.N.-B.), qui porte sur la réclamation en dommages-intérêts d'un employé, membre d'une unité de négociation, en raison d'un congédiement abusif: voir également *Logan v. Board of School Trustees District No. 14* (1973), 40 D.L.R. (3d) 152 (C.A.N.-B.) Dans l'affaire *Foisy c. Bell Canada*, [1984] C.S. 1164; 18 D.L.R. (4th) 222, la cour a dit qu'elle n'était pas compétente pour entendre la réclamation de la demanderesse dans la mesure où elle était fondée sur des droits contractuels que prévoyait la convention collective, mais a confirmé sa compétence pour traiter de ses réclamations fondées sur la faute.

Dans les affaires où la réclamation concernait un droit prenant naissance dans la convention collective et où la bonne interprétation de la convention était contestée, les tribunaux ont uniformément rejeté toute compétence: voir *Shank v. The KVP Co.*, [1966] 2 O.R., 847 (H.C.), *Close v. Globe & Mail Ltd.* (1966), 60 D.L.R. (2d) 105 (C.A. Ont.), *Acadia Pulp and Paper Ltd. v. International Brotherhood of Pulp, Sulphite and Paper Mill Workers* (1970), 15 D.L.R. (3d) 227 (B.R.N.-B.), *Ford v. Trustees of the Ottawa Civic Hospital*, [1973] 3 O.R. 437 (H.C.), *Binder v. Halifax County Municipal School Board* (1978), 84 D.L.R. (3d) 494 (C.A.N.-É.), *Bergeron v.*

way Transports Ltd. (1979), 23 O.R. (2d) 332 (Div. Ct.)

Recent cases, of which *Campbell v. East-West Packers (1969) Ltd.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 90 (Man. C.A.), is an example, have tended to view restrictively the availability of recourse to the courts despite the fact that the claim could conceivably be characterized as depending on common law principles, as opposed to arising solely under the collective agreement. In that case, the majority of the court, *per* Hall J.A., dismissed an employee's claim to damages for wrongful dismissal where the collective agreement expressly addressed, as most such agreements do, the question of dismissal. Hall J.A. noted at p. 97 that the employee was seeking at common law a broader remedy than would have been available to him through the grievance procedure, and wrote (at p. 95) that:

A plain reading of this legislation reveals a clear legislative intention that all collective agreements shall contain a provision for final settlement of all disputes or differences between the parties, including employees, concerning its meaning, application or violation. The collective agreement in question does contain such a provision and it expressly provides that dismissal of an employee is confined to the process of grievance and, if necessary, arbitration. Nothing in that agreement preserves or confers the remedy of litigation.

Similarly, in *Lawn v. Algonquin College of Applied Arts and Technology* (1982), 39 O.R. (2d) 377 (H.C.), the court denied its jurisdiction to hear the plaintiff's claim for damages for wrongful dismissal: see also *Hooper v. Wellington County Board of Education* (1984), 46 O.R. (2d) 680 (Div. Ct.), *Bourne v. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321 (H.C.), *Caines v. Cape Breton Development Corp.* (1973), 39 D.L.R. (3d) 606 (N.S.S.C.), *Downey v. Scotia Square Hotel Ltd.* (1974), 55 D.L.R. (3d) 300 (N.S.S.C.) The court in *Lawn*, *supra*, relied on Laskin C.J.'s statements in *McGavin Toastmaster*, *supra*, about the nature of the relationship between individual con-

Kingsway Transports Ltd. (1979), 23 O.R. (2d) 332 (C. Div.)

Dans la jurisprudence récente, dont l'arrêt *a Campbell v. East-West Packers (1969) Ltd.* (1982), 142 D.L.R. (3d) 90 (C.A. Man.), est un exemple, on a eu tendance à interpréter de manière restrictive la possibilité de recourir aux tribunaux malgré le fait que la réclamation puisse être caractérisée de façon concevable comme dépendant de principes de *common law*, par opposition au fait de découler uniquement de la convention collective. Dans cet arrêt, le juge Hall, au nom de la Cour d'appel à la majorité, a rejeté la réclamation en dommages-intérêts d'un employé pour congédiement abusif pour le motif que la convention collective prévoyait expressément, comme la plupart de ces conventions collectives, la question du congédiement. Le juge Hall a souligné à la p. 97 que l'employé cherchait à obtenir en *common law* une réparation plus étendue que celle à laquelle il aurait eu droit en vertu de la procédure de griefs et a écrit (à la p. 95):

[TRADUCTION] Une simple lecture de ce texte législatif fait ressortir clairement l'intention du législateur selon laquelle toutes les conventions collectives doivent contenir une disposition prévoyant le règlement final de tous les litiges ou différends entre les parties, y compris les employés, concernant sa définition, son application ou la violation de celle-ci. La convention collective en question contient une telle disposition et prévoit expressément que le congédiement d'un employé sera régi par la procédure de griefs et, si nécessaire, par l'arbitrage. Aucune disposition de cette convention ne prévoit ni ne confère le recours devant les tribunaux.

De même, dans l'affaire *Lawn v. Algonquin College of Applied Arts and Technology* (1982), 39 O.R. (2d) 377 (H.C.), la cour a décliné sa compétence à l'égard d'une réclamation en dommages-intérêts du demandeur en raison d'un congédiement abusif: voir également *Hooper v. Wellington County Board of Education* (1984), 46 O.R. (2d) 680 (C. Div.), *Bourne v. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321 (H.C.), *Caines v. Cape Breton Development Corp.* (1973), 39 D.L.R. (3d) 606 (C.S.N.-É.), *Downey v. Scotia Square Hotel Ltd.* (1974), 55 D.L.R. (3d) 300 (C.S.N.-É.) Dans l'affaire *Lawn*, précitée, la cour s'est fondée sur la déclaration du juge en chef Laskin dans l'arrêt

tracts of employment and collective agreements. In the latter case, one of the arguments made by the defendant employer was that the common law doctrine of fundamental breach applied in the circumstances, so that the employees, by their illegal strike, had forfeited any right to the benefits required to be provided by the employer. This argument was soundly rejected. Laskin C.J. wrote (at pp. 724-27):

I do not think that in the face of labour relations legislation such as existed at the material time in British Columbia, in the face of the certification of the union, of which the plaintiffs were members, as bargaining agent of a specified unit of employees of the company and in the face of the collective agreement in force between the union and the appellant company, it is possible to speak of individual contracts of employment and to treat the collective agreement as a mere appendage of individual relationships. The majority of this Court, speaking through Judson J. in *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée* [[1959] S.C.R. 206], at p. 212, said this in a situation where a union was certified for collective bargaining under Quebec labour relations legislation:

There is no room left for private negotiation between employer and employee. Certainly to the extent of the matters covered by the collective agreement, freedom of contract between master and individual servant is abrogated. The collective agreement tells the employer on what terms he must in the future conduct his master and servant relations.

The reality is, and has been for many years now throughout Canada, that individual relationships as between employer and employee have meaning only at the hiring stage and even then there are qualifications which arise by reason of union security clauses in collective agreements. The common law as it applies to individual employment contracts is no longer relevant to employer-employee relations governed by a collective agreement which, as the one involved here, deals with discharge, termination of employment, severance pay and a host of other matters that have been negotiated between union and company as the principal parties thereto. To quote again from the reasons of Judson J. in the *Paquet* case, at p. 214:

McGavin Toastmaster, précité, sur la nature de la relation qui existe entre les contrats de travail individuels et les conventions collectives. Dans cette affaire, l'un des arguments présentés par l'employeur défendeur portait que la doctrine de la violation d'une disposition fondamentale reconnue par la *common law* s'appliquait dans les circonstances, de sorte que les employés, par leur grève illégale, avaient perdu tout droit aux avantages qui devaient être assurés par l'employeur. Cet argument a été à juste titre rejeté. Le juge en chef Laskin a écrit (aux pp. 724 à 727):

Malgré la législation sur les relations de travail à l'époque pertinente en Colombie-Britannique, l'accréditation du syndicat, dont les demandeurs étaient membres, en tant qu'agent négociateur d'une unité déterminée d'employés de la compagnie et malgré la convention collective en vigueur entre le syndicat et la compagnie appellante, je ne crois pas qu'on puisse parler de contrats individuels de travail et considérer la convention collective comme simplement accessoire aux relations individuelles. Le juge Judson, s'exprimant au nom de la majorité de cette Cour dans *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [[1959] R.C.S. 206] à la p. 212, a ainsi parlé d'une situation où un syndicat était accrédité comme agent négociateur en vertu de la législation québécoise sur les relations de travail:

[TRADUCTION] Les négociations privées entre employeur et employé n'ont plus leur place. Il est certain qu'au regard des matières visées par la convention collective, la liberté contractuelle entre maître et employé individuel est supprimée. La convention collective dicte à l'employeur ce que seront ses futures relations maître-employé.

Dans tout le Canada, et ce depuis plusieurs années, les relations individuelles entre employeur et employé n'ont d'importance qu'à l'étape de l'embauchage et même là, elles sont subordonnées aux clauses de sécurité syndicale des conventions collectives. Le droit commun applicable aux contrats individuels de travail ne vaut plus quand les relations employeur-employé sont régies par une convention collective qui traite, comme celle présentement en cause, de licenciement, de cessation d'emploi, d'indemnité de cessation d'emploi et d'une foule d'autres choses qui ont été négociées entre le syndicat et la compagnie en tant que parties principales à la convention. Voici un autre extrait des motifs du juge Judson dans l'affaire *Paquet*, à la p. 214:

If the relation between employee and union were that of mandator and mandatary, the result would be that a collective agreement would be the equivalent of a bundle of individual contracts between employer and employee negotiated by the union as agent for the employees. This seems to me to be a complete misapprehension of the nature of the juridical relation involved in the collective agreement. The union contracts not as agent or mandatary but as an independent contracting party and the contract it makes with the employer binds the employer to regulate his master and servant relations according to the agreed terms.

In my view, therefore, questions such as repudiation and fundamental breach must be addressed to the collective agreement if they are to have any subject-matter at all. When so addressed, I find them inapplicable in the face of the legislation which, in British Columbia and elsewhere in Canada, governs labour-management relations, provides for certification of unions, for compulsory collective bargaining, for the negotiation, duration and renewal of collective agreements . . . Neither this Act nor the companion *Labour Relations Act* could operate according to their terms if common law concepts like repudiation and fundamental breach could be invoked in relation to collective agreements which have not expired and where the duty to bargain collectively subsists.

If there were nothing more than the collective agreement between bargaining agent and employer, the courts might still have applied the common law to its enforcement at the suit of the bargaining agent or the employer. The collective agreement embodies a holding out, a reliance, a consent and undertaking to perform, mutual consideration passing between the parties, and other elements of contract which would expose the parties to enforcement in the traditional courts. There would be, of course, a basic difficulty as to the status of the absent third party, the employee, and perhaps the absence of an identifiable benefit in the bargaining agent. All this is overcome by the statute, and the question whether worthwhile enforcement could be realized at common law is, therefore, of theoretical interest only. The missing elements are the status of the members of the bargaining unit and the appropriate forum. The legislature created the status of the parties in a process founded upon

[TRADUCTION] Si la relation entre employé et syndicat était la même qu'entre mandant et mandataire, une convention collective constituerait un faisceau de contrats individuels entre employeur et employé négociés par le syndicat en tant qu'agent des employés. Selon moi, c'est une fausse interprétation de la nature de la relation juridique propre aux conventions collectives. Le syndicat s'engage par contrat non pas en tant qu'agent ou mandataire mais plutôt en tant que partie contractante indépendante et le contrat qu'il passe avec l'employeur oblige ce dernier à respecter les relations maître-employé à ce qui a été convenu.

Par conséquent, s'il faut attribuer un objet aux questions de répudiation et de violation d'une disposition fondamentale, on doit s'adresser à la convention collective. Quand on s'y reporte, on les trouve inapplicables en présence de la législation qui, en Colombie-Britannique et ailleurs au Canada, régit les relations patronales-syndicales et prévoit l'accréditation des syndicats, la négociation collective obligatoire ainsi que la négociation, la durée et le renouvellement des conventions collectives . . . Ni cette loi, ni le *Labour Relations Act* ne pourraient être appliqués selon leurs termes si des principes de droit commun tels que la répudiation et la violation d'une disposition fondamentale pouvaient être invoqués à l'égard de conventions collectives qui ne sont pas encore échues et au regard desquelles l'obligation de négocier collectivement demeure.

S'il n'y avait que la convention collective entre l'agent négociateur et l'employeur, les tribunaux auraient toujours pu appliquer la *common law* pour l'exécuter dans une poursuite contre l'agent négociateur ou l'employeur. La convention collective consacre une offre, une reconnaissance, un consentement et un engagement à exécuter des obligations, la considération mutuelle entre les parties et d'autres éléments des contrats qui exposeraient les parties à l'exécution devant les tribunaux traditionnels. Évidemment, cela soulèverait une difficulté fondamentale en ce qui a trait au statut du tiers absent, l'employé, et peut-être de l'absence d'un avantage identifiable de l'agent négociateur. Tous ces problèmes sont résolus par la loi et la question de savoir si l'on peut obtenir une exécution avantageuse au moyen de la *common law* est donc seulement d'un intérêt théorique. Les éléments absents sont le statut des membres de l'unité de négociation et la juridiction appropriée.

a solution to labour relations in a wholly new and statutory framework at the centre of which stands a new forum, the contract arbitration tribunal. Furthermore, the structure embodies a new form of triangular contract with but two signatories, a statutory solution to the disability of the common law in the field of third party rights. These are but some of the components in the all-embracing legislative program for the establishment and furtherance of labour relations in the interest of the community at large as well as in the interests of the parties to those labour relations.

The above-quoted passages illuminate the profound impediments to reaching the conclusion that rights which at common law would flow from a master-servant relationship would survive under a collective bargaining regime and continue to qualify for enforcement in the traditional courts. The problem raised by attempts to escape the contract tribunal so as to seek enforcement in the courts of rights arising under a collective agreement negotiated within the framework of a collective bargaining regime, solely on the grounds that the agreement does not explicitly address the jurisdictional question, is an equally profound difficulty.

The collective agreement establishes the broad parameters of the relationship between the employer and his employees. This relationship is properly regulated through arbitration and it would, in general, subvert both the relationship and the statutory scheme under which it arises to hold that matters addressed and governed by the collective agreement may nevertheless be the subject of actions in the courts at common law. These considerations necessarily lead one to wonder whether the *Miramichi* case, *supra*, and cases like it, would survive an objection to the court's jurisdiction if decided today. The more modern approach is to consider that labour relations legislation provides a code governing all aspects of labour relations, and that it would offend the legislative scheme to permit the parties to a collec-

La législature a créé le statut des parties dans un processus fondé sur une solution aux conflits de travail dans un cadre entièrement nouveau et législatif au centre duquel se trouve une nouvelle juridiction, le tribunal d'arbitrage des contrats. En outre, la structure consacre une nouvelle forme de contrats tripartites avec seulement deux signataires, une solution législative aux lacunes de la *common law* dans le domaine des droits des tiers. Ce ne sont là que certaines des composantes d'un programme législatif complet prévoyant l'établissement et l'avancement des relations de travail dans l'intérêt de la société en général de même que dans l'intérêt des parties à ces relations de travail.

Les passages précités font ressortir les obstacles insurmontables qui écartent la conclusion que des droits, qui en *common law* découleraient d'une relation entre employeur et employé, survivraient dans le cadre d'un régime de convention collective et seraient encore susceptibles d'exécution devant les tribunaux traditionnels. Le problème que soulèvent les tentatives en vue d'échapper au tribunal désigné dans le contrat de manière à chercher à obtenir devant les tribunaux l'exécution de droits qui découlent d'une convention collective négociée à l'intérieur du cadre d'un régime de négociations collectives, uniquement sur le fondement que la convention ne prévoit pas d'une manière explicite la question de la compétence, constitue également une difficulté majeure.

La convention collective établit les grands paramètres du rapport qui existe entre l'employeur et ses employés. Ce rapport est ajusté d'une manière appropriée par l'arbitrage et, en général, ce serait bouleverser et le rapport et le régime législatif dont il découle que de conclure que les questions visées et régies par la convention collective peuvent néanmoins faire l'objet d'actions devant les tribunaux en *common law*. Ces considérations nous amènent nécessairement à nous demander si l'arrêt *Miramichi*, précité, et des décisions semblables survivraient à une objection visant la compétence du tribunal s'ils étaient rendus aujourd'hui. L'attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des relations de travail et que l'on porterait atteinte à l'économie de la loi en

tive agreement, or the employees on whose behalf it was negotiated, to have recourse to the ordinary courts which are in the circumstances a duplicative forum to which the legislature has not assigned these tasks.

In some cases, additional statutory provisions have also been considered. Thus, in Ontario the *Rights of Labour Act*, R.S.O. 1980, c. 456, s. 3(3) provides:

3. ...

(3) A collective bargaining agreement shall not be the subject of any action in any court unless it may be the subject of such action irrespective of any of the provisions of this Act or of the *Labour Relations Act*.

However, this section has not been the decisive factor in the great majority of the cases (for an exception, see *Drogt v. Robson-Lang Leathers Ltd.*, [1971] 3 O.R. 488 (Co. Ct.)) Section 125(3) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, provides:

125. ...

(3) Every party to and every person bound by the agreement, and every person on whose behalf the agreement was entered into, shall comply with the provision for final settlement contained in the agreement and give effect thereto.

This section was important in *Caines v. Cape Breton Development Corp.*, *supra*. The predecessor of the New Brunswick *Industrial Relations Act* in issue in this appeal contained an identical section: *Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1952, c. 124, s. 18(3). The present Act does not repeat the wording, but s. 55 taken in context is to the same effect, in that it requires provision for binding arbitration or some other means of settlement of disputes, and the Act requires obedience to the terms of the collective agreement. (See *Acadia Pulp and Paper, supra*, where the court considered s. 18(3) but based its decision on the fact that the whole section, which was otherwise virtually identical to s. 55 of the present *Industrial Relations Act*, clearly required recourse to arbitration.)

permettant aux parties à une convention collective ou aux employés pour le compte desquels elle a été négociée, d'avoir recours aux tribunaux ordinaires qui sont dans les circonstances une juridiction ^a faisant double emploi à laquelle la législature n'a pas attribué ces tâches.

Dans certains cas, d'autres dispositions législatives ont également été examinées. Ainsi, en Ontario, la *Loi sur les droits syndicaux*, L.R.O. 1980, chap. 456, par. 3(3), prévoit:

[TRADUCTION] 3. ...

(3) Une convention collective ne peut faire l'objet ^c d'une action en justice que si elle le peut indépendamment de toute disposition de la présente loi ou de la *Loi sur les relations de travail*.

Toutefois, cet article n'a pas constitué le facteur décisif dans la grande majorité des affaires (pour une exception, voir *Drogt v. Robson-Lang Leathers Ltd.*, [1971] 3 O.R. 488 (C. de Co.)) Le paragraphe 125(3) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, prévoit:

125. ...

(3) Toute partie à la convention, toute personne liée par cette dernière, de même que toute personne au nom de qui elle a été conclue, doit observer la disposition ^f visant au règlement définitif, contenue dans la convention, et y donner effet.

Ce paragraphe était important dans l'affaire *Caines v. Cape Breton Development Corp.*, précitée. La Loi qui a précédé la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick dont il est question dans le présent pourvoi contenait un article identique: *Labour Relations Act*, R.S.N.B. ^g 1952, chap. 124, par. 18(3). La Loi actuelle n'en reprend pas le texte, mais l'art. 55 dans son contexte a le même effet, car il exige une disposition prévoyant l'arbitrage exécutoire ou certains autres moyens de règlement des conflits et la Loi exige le respect des termes de la convention collective. (Voir *Acadia Pulp and Paper*, précité, dans lequel la cour a examiné le par. 18(3) mais a fondé sa décision sur le fait que le nouvel article, qui, par ⁱ ailleurs, était pratiquement identique à l'art. 55 de la *Loi sur les relations industrielles* actuelle, exigeait clairement le recours à l'arbitrage.) ^j

The appellant has relied on the case of *Perini Pacific Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1961), 28 D.L.R. (2d) 727 (B.C.S.C.), where the court awarded damages against a union for participating in an illegal strike in the face of the British Columbia *Trade-unions Act*, R.S.B.C. 1960, c. 384, s. 4, which expressly provided that a trade union which “does, authorizes, or concurs in anything prohibited by the *Labour Relations Act*” would be “liable in damages to anyone injured thereby”. In view of this provision, it was not open to the court to find in the *Labour Relations Act* provision for binding arbitration, a clear legislative intent to oust its jurisdiction to deal with such a claim.

From the above survey of the cases, a general consensus is evident. The courts have no jurisdiction to consider claims arising out of rights created by a collective agreement. Nor can the courts properly decide questions which might have arisen under the common law of master and servant in the absence of a collective bargaining regime if the collective agreement by which the parties to the action are bound makes provision for the matters in issue, whether or not it explicitly provides a procedure and forum for enforcement. There is, therefore, little practical scope left to the second general exception identified above. As to the first exception, that is, that the court may enforce the terms of a collective agreement where its meaning is not disputed, this Court decided in *Brunet, supra*, and *Shell Canada Ltd. v. United Oil Workers of Canada, supra*, that there is no difference in principle between a dispute over the “application” of a collective agreement and one relating to its “violation”. The jurisdiction of the courts ought not, therefore, to depend on whether the parties dispute the meaning or application of the terms of a collective agreement. It is accordingly not necessarily determinative of the question of the courts’ jurisdiction that in this appeal, the strike apparently amounted to a breach of a clear term of the collective agreement. There is also an apparent

L’appelante s’est fondée sur l’affaire *Perini Pacific Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1961), 28 D.L.R. (2d) 727 (C.S.C.-B.), dans laquelle la cour a accordé des dommages-intérêts contre un syndicat pour sa participation à une grève illégale aux termes de la *Trade-unions Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1960, chap. 384, art. 4, qui prévoit expressément qu’un syndicat qui [TRADUCTION] «accomplit un acte interdit par la *Labour Relations Act*, en autorise l’accomplissement ou l’approuve» est [TRADUCTION] «responsable en dommages-intérêts envers quiconque en subit un préjudice». Compte tenu de cette disposition, le tribunal ne pouvait trouver dans la *Labour Relations Act* une disposition prévoyant l’arbitrage exécutoire, preuve d’une intention évidente du législateur de lui enlever sa compétence relativement à une telle demande.

Un consensus général se dégage clairement de cette étude de la jurisprudence. Les tribunaux ne sont pas compétents pour entendre des réclamations qui découlent des droits créés par une convention collective. Les tribunaux ne peuvent pas non plus trancher à bon droit des questions qui auraient pu résulter en *common law* de la relation employeur-employé en l’absence d’un régime de négociations collectives si la convention collective qui lie les parties à l’action prévoit les questions en litige, qu’elle prévoit ou non une procédure et une juridiction pour son application. Par conséquent, la deuxième exception générale mentionnée ci-dessus a une portée pratique restreinte. En ce qui a trait à la première exception, c’est-à-dire que les tribunaux peuvent appliquer les termes d’une convention collective lorsque son interprétation n’est pas contestée, cette Cour a décidé dans les arrêts *Brunet* et *Shell Canada Ltd. c. Travailleurs Unis du Pétrole du Canada*, précités, qu’il n’y avait aucune différence en principe entre un litige sur «l’application» d’une convention collective et un litige relatif à sa «violation». Par conséquent, la compétence des tribunaux ne devrait pas dépendre de savoir si les parties contestent l’interprétation ou l’application des termes d’une convention collective. La question de la compétence des tribunaux n’est donc pas nécessairement déterminée

breach of the statute, a consideration to be examined later in these reasons.

What is left is an attitude of judicial deference to the arbitration process. This deference is present whether the board in question is a 'statutory' or a private tribunal (on the distinction in the labour relations context, see *Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106*, [1982] 2 S.C.R. 888, *Howe Sound Co. v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663*, [1962] S.C.R. 318, affirming (1961), 29 D.L.R. (2d) 76, *Re International Nickel Co. of Canada and Rivando*, [1956] O.R. 379 (C.A.)) It is based on the idea that if the courts are available to the parties as an alternative forum, violence is done to a comprehensive statutory scheme designed to govern all aspects of the relationship of the parties in a labour relations setting. Arbitration, when adopted by the parties as was done here in the collective agreement, is an integral part of that scheme, and is clearly the forum preferred by the legislature for resolution of disputes arising under collective agreements. From the foregoing authorities, it might be said, therefore, that the law has so evolved that it is appropriate to hold that the grievance and arbitration procedures provided for by the Act and embodied by legislative prescription in the terms of a collective agreement provide the exclusive recourse open to parties to the collective agreement for its enforcement.

This, however, appears to conflict with the long-settled jurisdiction of the courts to issue injunctions restraining illegal strike activity during the currency of a collective agreement: *International Brotherhood of Electrical Engineers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange, supra*, *International Longshoremen's Association, Locals 273, 1039, 1764 v. Maritime Employers' Association*, [1979] 1 S.C.R. 120. It can be surmised that many, if not all, of the cases in which injunctions

parce que, dans le présent pourvoi, la grève équivalait apparemment à la violation d'une condition claire de la convention collective. Il y a également une violation apparente de la Loi, une considération que j'examinerai plus loin dans ces motifs.

Il en reste une attitude de respect de la part des juges envers la procédure d'arbitrage. Ce respect existe, que l'organisme en question soit un tribunal «créé par la loi» ou un tribunal de nature privée (en ce qui a trait à cette distinction dans le contexte des relations de travail voir *Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106*, [1982] 2 R.C.S. 888, *Howe Sound Co. v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663*, [1962] R.C.S. 318, confirmant (1961), 29 D.L.R. (2d) 76, *Re International Nickel Co. of Canada and Rivando*, [1956] O.R. 379 (C.A.)) Ce respect est fondé sur l'idée que si les parties ont accès aux tribunaux comme autres juridictions, on porte atteinte à un régime législatif complet destiné à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail. L'arbitrage, lorsqu'il est adopté par les parties, comme c'est le cas dans la présente convention collective, constitue une partie intégrante de ce régime et est clairement la juridiction que la législature préfère pour le règlement des litiges qui résultent des conventions collectives. D'après la jurisprudence citée, on pourrait donc dire que le droit a évolué de telle manière qu'il est juste de conclure que les griefs et les procédures d'arbitrage prévus par la Loi et consacrés par une prescription législative dans les termes d'une convention collective constituent le recours exclusif dont disposent les parties à une convention collective pour son application.

Toutefois, cela paraît entrer en conflit avec la compétence des tribunaux établie depuis longtemps qui leur permet de délivrer des injonctions pour interdire toute grève illégale pendant qu'une convention collective est en vigueur: *International Brotherhood of Electrical Engineers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, précité, *Association internationale des débardeurs, sections locales 273, 1039, 1764 c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120. On

have issued, started life as claims for an injunction together with other relief, including damages to compensate an employer for losses suffered during an illegal strike (for example, *British Columbia Maritime Employers Assn. v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union—Canadian Area*, [1972] 5 W.W.R. 738 (B.C.S.C.), *Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. v. Industrial Union of Marine and Shipbuilding Workers, Local 3* (1979), 26 N.B.R. (2d) 179 (S.C.), and see *New Brunswick Electric Power Commission v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 1733* (1978), 22 N.B.R. (2d) 364 (S.C.), where general and punitive damages were awarded to an employer after the defendant union had engaged in an illegal strike). The history of labour law in our country since World War II reflects a rather straightforward pattern whereby the parties would take recourse to the superior courts by an action for injunction, declaration and damages in which an interlocutory or interim injunction was sought with a view to driving the other party back to the labour relations process prescribed by statute. Rarely would the action proceed beyond the interlocutory injunction stage.

An injunction is as much an action to enforce the no-strike clause in a collective agreement as is an action for damages. If the former is available, so in principle should be the latter. Thus, if it is confirmed that the courts have no business interpreting, applying or enforcing collective agreements in any way, the jurisdiction to enjoin strikes illegal by virtue of their occurrence during the term of a collective agreement, unquestioned since *Winnipeg Builders' Exchange, supra*, is called into doubt. This would have the unfortunate result of putting an employer whose assent to a collective agreement indicates his willingness to bargain in good faith with the union and to fulfill the expectations of the collective bargaining regime, in a more restricted position than an uncooperative employer who may never have signed an agree-

peut présumer qu'un grand nombre d'affaires, sinon toutes, dans lesquelles des injonctions ont été délivrées, ont débuté comme des demandes d'injonction assortie d'autres redressements, y compris des dommages-intérêts à titre d'indemnisation pour un employeur qui avait subi des pertes au cours d'une grève illégale (par exemple, *British Columbia Maritime Employers Assn. v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union—Canadian Area*, [1972] 5 W.W.R. 738 (C.S.C.-B.), *Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. v. Industrial Union of Marine and Shipbuilding Workers, Local 3* (1979), 26 N.B.R. (2d) 179 (C.S.), et voir *New Brunswick Electric Power Commission v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 1733* (1978), 22 N.B.R. (2d) 364 (C.S.), dans laquelle des dommages-intérêts généraux et exemplaires ont été accordés à un employeur après que le syndicat défendeur eut eu recours à une grève illégale). L'histoire du droit du travail dans notre pays depuis la Seconde guerre mondiale fait ressortir un modèle plutôt simple en vertu duquel les parties font valoir un recours devant les cours supérieures au moyen d'une action en vue d'obtenir une injonction, un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts et dans laquelle on demande une injonction interlocutoire ou provisoire pour ramener l'autre partie dans le processus de relations de travail que prévoit la loi. L'action dépasse rarement le stade de l'injonction interlocutoire.

Une injonction est autant une action pour forcer l'application d'une clause interdisant la grève dans une convention collective que l'est une action en dommages-intérêts. Si on peut recourir à la première, alors en principe il devrait en être de même de la seconde. Ainsi, s'il est confirmé que les tribunaux n'ont d'aucune manière à interpréter, appliquer ou exécuter des conventions collectives, la compétence pour déclarer que des grèves sont illégales parce qu'elles surviennent pendant qu'une convention collective est en vigueur, qui n'a pas été mise en question depuis l'arrêt *Winnipeg Builders' Exchange*, précité, est mise en doute. Cela aurait malheureusement pour effet de placer un employeur dont le consentement à une convention collective indique sa volonté de négocier de bonne foi avec le syndicat et de répondre aux attentes du

ment, and who is not therefore subject to binding arbitration. This prejudice may be more apparent than real, however, as in fact it entails only a shift of forum and procedure, but not necessarily a real deprivation of ultimate remedy.

The statutory context may be viewed as ambiguous on this issue. Though setting out a scheme in which arbitration plays a central role, the legislation does not enact any privative clause explicitly ousting the jurisdiction of the courts to deal with breaches of collective agreements which clearly, under the legislation, regulate the legal rights of the parties and are binding and enforceable in the proper forum. This is in contrast to the practice in all provincial and federal labour relations statutes of expressly excluding the courts from any power of review by any procedure of the determinations by the statutory labour relations board. The absence of such legislative action in the case of the boards of arbitration established by contract, even in the provinces where such boards have been held to be statutory and not private, is perhaps revealing of the presence of a legislative intent to continue some role for the traditional courts in the labour relations pattern. What the statute does is to establish a preference for arbitration of a particular sort over other means of dispute settlement, by establishing a procedure to be followed where the parties do not expressly provide for any other method of resolving their differences. Where the parties so choose, however, the New Brunswick Act, in common with most of the other Canadian labour relations statutes, does not actually require the parties to resort to arbitration (the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, is an exception in this respect; see *Rivando, supra*). It requires a provision in the collective agreement for “final and binding settlement by arbitration or otherwise, without stoppage of work”. The emphasized words indicate that, if they so choose, the parties may validly provide for a variety of other sorts of settlement mechanisms, including recourse to the courts (see *Acadia Pulp and Paper, supra*). Thus, even where the parties, as here, have chosen arbitration, it may be argued that s. 55(1) of the

régime de négociation collective, dans une position plus limitée que l'employeur peu coopératif qui peut n'avoir jamais signé de convention et qui n'est donc pas assujéti à l'arbitrage obligatoire. Toutefois, ce préjudice peut être plus apparent que réel car, en fait, il n'entraîne qu'une modification de juridiction et de procédure mais pas nécessairement la privation réelle du recours ultime.

On peut considérer que le contexte législatif est ambigu à l'égard de cette question. Bien que la législation établisse un régime dans lequel l'arbitrage joue un rôle central, elle ne prévoit pas de clause privative excluant la compétence des tribunaux sur les violations des conventions collectives qui, de toute évidence, en vertu de la loi, réglementent les droits juridiques des parties et sont obligatoires et exécutoires devant la juridiction appropriée. Cela diffère de l'usage que prévoient les lois provinciales et fédérales sur les relations de travail qui enlèvent expressément aux tribunaux tout pouvoir de révision, par quelque procédure que ce soit, des décisions des conseils des relations de travail créés par la loi. L'absence d'une telle mesure législative dans le cas des conseils d'arbitrage créés par contrat, même dans les provinces où ces conseils ont été reconnus comme créés par la loi et non de nature privée, fait peut-être ressortir la présence d'une intention législative visant à maintenir un certain rôle pour les tribunaux traditionnels dans le cadre des relations de travail. La loi établit une préférence pour l'arbitrage d'un genre particulier par rapport à d'autres moyens de règlement des conflits, en élaborant une procédure à suivre lorsque les parties ne prévoient pas expressément d'autres méthodes pour régler leurs différends. Toutefois, lorsque les parties font un choix, la loi du Nouveau-Brunswick, de même que la plupart des autres lois canadiennes sur les relations de travail, n'exigent pas réellement que les parties aient recours à l'arbitrage (la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 228, constitue une exception à cet égard; voir *Rivando, précité*. Il faut que la convention collective prévoie une disposition pour «le règlement définitif et obligatoire, par voie d'arbitrage ou autrement et sans arrêt de travail». Les mots soulignés indiquent que, si elles le choisissent, les parties peuvent valablement prévoir un certain nombre d'autres mécanis-

New Brunswick Act is insufficient to oust the inherent jurisdiction of the superior courts. This is not a case like *Barraclough v. Brown*, [1897] A.C. 615 (H.L.), where the statute "appoints a specific tribunal or other body" for the enforcement of rights or duties created by the statute, such that "recourse must be had to that body alone": see *De Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4th ed., 1980), at pp. 358-60.

There is the further consideration that the Act appears to recognize concurrent jurisdiction to deal with aspects of illegal strikes in the statutory board, the courts, and arbitrators acting under the provisions of collective agreements. Section 102(3) provides:

102(3) A declaration made under this section does not affect any proceeding in any court or any proceeding under the provision of a collective agreement, where the question of a lawful or unlawful strike . . . is in issue.

This may be seen to accord with the reason for enactment of the arbitration provisions. As suggested by Lord Russell in *Young v. Canadian Northern Ry. Co.*, [1931] A.C. 83, the appropriate course of action for workers who had a grievance under a collective agreement at common law was to engage in concerted action, usually a strike, in order to force the employer's compliance. Labour legislation was enacted largely to regulate industrial relations with an eye to preserving industrial peace: *per* Cartwright J., as he then was, in *Winnipeg Builders' Exchange*, *supra*, at p. 640. A cornerstone in this legislative edifice was to make strike action or lock-out illegal during the currency of a collective agreement. In exchange for restricting the right to strike and lock-out, the legislation made collective agreements binding and enforceable. In the United States, the no-strike clause and the arbitration clause have been viewed as the *quid pro quo* for each other: *Textile Workers v. Lincoln Mills of Alabama*, 353 U.S. 448 (1957), at p. 455,

mes de règlement, y compris le recours aux tribunaux (voir *Acadia Pulp and Paper*, précité). Par conséquent, même lorsque les parties, comme en l'espèce, ont choisi l'arbitrage, on peut soutenir que le par. 55(1) de la loi du Nouveau-Brunswick n'est pas suffisant pour exclure la compétence inhérente des cours supérieures. Il ne s'agit pas d'une affaire comme l'arrêt *Barraclough v. Brown*, [1897] A.C. 615 (H.L.), où la loi [TRADUCTION] « désigne un tribunal précis ou tout autre organisme » pour appliquer les droits ou obligations créés par la loi, de manière que [TRADUCTION] « il faut avoir recours à cet organisme uniquement »: voir *De Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4th ed., 1980), aux pp. 358 à 360.

De plus, la loi paraît reconnaître au conseil, aux tribunaux et aux arbitres agissant en vertu des dispositions de la convention collective, une compétence concurrente pour traiter des aspects des grèves illégales. Le paragraphe 102(3) prévoit:

102(3) Une déclaration faite en application du présent article ne porte pas atteinte à une procédure engagée devant un tribunal, ou à une procédure engagée en application d'une clause d'une convention collective, lorsque la question d'une grève légale ou illégale . . . est en litige.

On peut considérer que cela correspond aux motifs de l'adoption des dispositions en matière d'arbitrage. Comme le laisse entendre lord Russell dans *Young v. Canadian Northern Ry. Co.*, [1931] A.C. 83, la méthode appropriée pour des travailleurs qui faisaient valoir un grief en vertu d'une convention collective en *common law*, était de s'engager dans une action concertée, habituellement une grève, pour obliger l'employeur à l'accepter. La législation en matière de travail a été adoptée dans une grande mesure pour régler les relations industrielles tout en préservant la paix industrielle: le juge Cartwright, alors juge puîné, dans *Winnipeg Builders' Exchange*, précité, à la p. 640. La pierre angulaire de cet ensemble législatif était de rendre illégal la grève ou le lock-out pendant la durée d'une convention collective. En échange de cette restriction du droit de grève et de lock-out, la législation rend les conventions collectives obligatoires et exécutoires. Aux États-Unis, la clause interdisant la grève et la clause relative à

and *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960), at p. 567.

This, in the Canadian context, may be taken as indicated by the fact that grievances are directed to be settled by arbitration "without stoppage of work". It would, accordingly, be illogical to permit a union to plead in defence to court proceedings brought to restrain an illegal strike that the employer should have resorted to arbitration, when the conduct in issue is the very conduct which the provision for arbitration and the statutory prohibition were designed to prevent. Thus, in *Transport Labour Relations v. General Truck Drivers & Helpers Union, Local No. 31* (1974), 54 D.L.R. (3d) 457 (B.C.S.C.), involving an illegal work slowdown during the currency of a collective agreement, Meredith J. at pp. 459-60 denied that the employer was required to resort to arbitration. He said, "The union has adopted the very course that it was the whole purpose of the agreement to prevent and is in flagrant violation of its commitment to preserve peace while the agreement is in effect."

The avoidance of the disruptive effect of cessation of production of goods and services except in well defined circumstances is one of the basic design features of labour relations legislation. Another feature of labour legislation is the provision for rapid restoration of normal bargaining relations. Long or repeated abstentions of the parties from participation in the remedial processes of collective bargaining and grievance processing defeats the program. Slow and expensive processes of dispute resolution likewise render the statutory scheme less beneficial and perhaps unavailable to the community. The labour arbitration board came into being because of this reality.

In a limited role, the ready access by the parties to the court system provided by the community for the disposition of differences however arising in

l'arbitrage ont été considérées comme la contrepartie l'une de l'autre: *Textile Workers v. Lincoln Mills of Alabama*, 353 U.S. 448 (1957), à la p. 455 et *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960), à la p. 567.

On peut conclure que, dans le contexte canadien, cela est indiqué par le fait que les griefs doivent être réglés au moyen de l'arbitrage «sans arrêt de travail». Il serait par conséquent illogique de permettre à un syndicat de plaider en défense dans des procédures judiciaires engagées pour empêcher une grève illégale que l'employeur aurait dû avoir recours à l'arbitrage, lorsque la conduite en litige est la conduite même que la disposition relative à l'arbitrage et que l'interdiction prévue par la loi étaient destinées à empêcher. Ainsi, dans l'arrêt *Transport Labour Relations v. General Truck Drivers & Helpers Union, Local No. 31* (1974), 54 D.L.R. (3d) 457 (C.S.C.-B.), qui portait sur un ralentissement de travail illégal pendant la durée d'une convention collective, le juge Meredith a rejeté aux pp. 459 et 460 l'argument que l'employeur était tenu d'avoir recours à l'arbitrage. Il a dit, [TRADUCTION] «Le syndicat a fait ce que la convention avait expressément pour but d'empêcher; il se trouve donc en violation flagrante à l'égard de son engagement de garder la paix tant que la convention est en vigueur.»

Éviter l'effet perturbateur de la cessation de la production des biens et services, sauf dans des circonstances bien définies, constitue l'une des caractéristiques fondamentales de la législation en matière de relations de travail. Prévoir une reprise rapide des négociations normales en est une autre. Si les parties s'abstiennent longtemps ou de manière répétée de participer au processus réparateur que sont la négociation collective et les procédures de griefs, le programme est mis en échec. De même, les processus lents et coûteux de règlements des conflits réduisent les avantages du régime législatif et font en sorte que la société n'y a peut-être pas accès. C'est cette réalité qui a entraîné la création de conseils d'arbitrage en matière de travail.

De manière limitée, l'accès facile au système judiciaire accordé par la société aux parties pour régler les différends qui prennent de quelque façon

the community, can itself be another bulwark against the deterioration of employer-employee understanding. The interlocutory injunction by summary process but of limited life, for example as governed by the *Judicature Act* of Ontario, now the *Courts of Justice Act, 1984, 1984 (Ont.)*, c. 11, s. 115, finds its origin in this reality. It is, of course, open to the legislature to close this access, as it has done in the case of the privative clauses relating to the labour relations boards themselves. Where the legislature resolves to narrow the forum and the remedies otherwise available to the parties, the interpretive rules applied by the courts should require the legislature to express its intent clearly. Where the legislature does not do so, the duty remains in the court to respond to a proper request to enjoin an activity such as a strike or lock-out which offends the statute and the collective agreement, in short the entire system of labour relations as established by the legislature.

When a court issues an injunction to restrain illegal strike activity, the courts have based such relief in both the breach of collective agreement and the breach of statute: *Winnipeg Builders' Exchange, supra*. However, it is clearly the breach of statute that is most significant. It is the statutory scheme to which the courts have deferred, not the single provision for arbitration in a collective agreement. Thus, in the court below, La Forest J.A. (as he then was), after discussing the statutory scheme, wrote:

To allow a party to a collective agreement, at its whim, to bring an action for damages for what really constitutes a difference arising out of a collective agreement would, as it appears to me, be to set up a remedy in substitution for that established by the Legislature.

He concluded with respect to the power to enjoin illegal strikes, however, that

... this power has been used with the intention of supporting the legislative scheme, not to supplant it. As Cartwright C.J.C. stated in ... [*Winnipeg Builders' Exchange, supra*], "the purposes of the ... Act would be in large measure defeated if the Court were to say that it is powerless to restrain the continuation of a strike engaged in in [*sic*] direct violation of the terms of

naissance dans la société, peut en lui-même constituer un autre rempart contre la détérioration de l'entente entre employeur et employés. L'injonction interlocutoire obtenue par voie sommaire qui a toutefois une durée limitée, par exemple celle qui est régie par la *Judicature Act* de l'Ontario, qui est maintenant la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, 1984 (Ont.)*, chap. 11, art. 115, prend sa source de cette réalité. Évidemment, il est loisible à la législature d'interdire cet accès, comme elle l'a fait dans le cas des clauses privatives concernant les conseils des relations de travail eux-mêmes. Si la législature décide de limiter la juridiction et les recours auxquels les parties ont autrement accès, les règles d'interprétation qu'appliquent les tribunaux exigent qu'elle exprime son intention clairement. Si la législature ne le fait pas, il incombe toujours au tribunal de répondre à une requête appropriée en vue d'interdire une activité comme une grève ou un lock-out qui enfreint la loi et la convention collective, soit le régime complet des relations de travail établi par la législature.

Pour délivrer une injonction interdisant une grève illégale, les tribunaux se sont fondés sur la violation de la convention collective et de la loi: *Winnipeg Builders' Exchange*, précité. Toutefois, c'est de toute évidence la violation de la loi qui est la plus importante. Les tribunaux s'en sont remis au régime législatif et non à la seule disposition en matière d'arbitrage d'une convention collective. Ainsi, en Cour d'appel, le juge La Forest (maintenant juge de la Cour suprême), après avoir analysé le régime législatif, a écrit:

[TRADUCTION] Selon moi, si l'on permet à une partie à une convention collective d'intenter, à son gré, une action en dommages-intérêts à l'égard de ce qui constitue réellement un différend qui résulte d'une convention collective, cela aura pour effet d'établir un recours en remplacement de celui qui est prévu par la législature.

Il a toutefois conclu à l'égard du pouvoir d'interdire les grèves illégales que

[TRADUCTION] ... ce pouvoir a été utilisé avec l'intention d'appuyer le régime législatif et non de le remplacer. Comme l'a dit le juge en chef Cartwright dans [*Winnipeg Builders' Exchange*, précité], ... «on ferait échec dans une large mesure aux objectifs de la ... Loi si le tribunal devait dire qu'il n'est pas en mesure d'empêcher que se poursuive une grève déclenchée en

a collective agreement binding on the employees and in breach of the express provisions of the Act”.

When viewed from this perspective, it is apparent that the cases affirming the courts' injunctive power do not purport to create a power in the courts to enforce the terms of collective agreements. Rather, they enforce the general law as embodied in the statute, which includes both an express prohibition on strikes during the currency of a collective agreement and provision for binding and enforceable arbitration which, in many cases, would resolve the dispute underlying illegal strike activity. An injunction restraining a strike also upholds incidentally the rights of an employer under a collective agreement, and specifically enforces the individual obligations of the employees on whose behalf the collective agreement was negotiated pursuant to the *Industrial Relations Act* of New Brunswick, *supra*. Such incidental effects, as the *Winnipeg Builders' Exchange* case, *supra*, demonstrates, are not sufficient reason to deny an injunction to prevent immediate harm arising out of a clearly illegal act, where no adequate alternative remedy exists.

In this case, an interlocutory injunction was sought in and granted by the New Brunswick courts. No objection was then taken to the court's jurisdiction. Breach of this injunction was later the subject of contempt proceedings against the respondent union and several of its officers. In imposing a \$15,000 fine in the first of these proceedings, the Chambers Judge observed at (1981), 35 N.B.R. (2d) 211, at p. 215, that “The fine cannot of course be waived by the employer; it is not in the nature of damages; it is a fine imposed by the court.” It is, indeed, clear that the New Brunswick *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, which carries forward the equitable jurisdiction established in England by Lord Cairns' Act (*Chancery Amendment Act*, 21 & 22 Vict., c. 27) to award damages in substitution for or in addition to an injunction, cannot provide the basis for the relief sought in this appeal. Damages in these circumstances are not “in substitution for” the

violation directe des termes d'une convention collective qui lie les employés en grève et en violation des dispositions expresses de la Loi».

a Si l'on adopte ce point de vue, il ressort clairement que les affaires qui confirment le pouvoir des tribunaux en matière d'injonction ne prétendent pas créer pour les tribunaux le pouvoir d'appliquer les termes des conventions collectives. Ils appliquent plutôt le droit commun tel qu'il est consacré dans la loi, qui comprend à la fois une interdiction expresse des grèves pendant la durée d'une convention collective et une disposition en matière d'arbitrage obligatoire et exécutoire qui, dans un grand nombre de cas, permettrait de régler le conflit à l'origine de la grève illégale. Une injonction interdisant une grève confirme aussi accessoirement les droits d'un employeur en vertu d'une convention collective et met précisément en œuvre les obligations individuelles des employés pour le compte desquels la convention collective a été négociée en vertu de la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick. De tels effets accessoires, comme le démontre l'arrêt *Winnipeg Builders' Exchange*, précité, ne constituent pas un motif suffisant pour refuser une injonction visant à empêcher qu'un acte clairement illégal ne cause des dommages, en l'absence de tout autre recours.

En l'espèce, les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont accordé l'injonction interlocutoire demandée. On ne s'est alors pas opposé à la compétence de la cour. La violation de cette injonction a par la suite donné lieu à des procédures d'outrage au tribunal contre le syndicat intimé et plusieurs de ses dirigeants. En imposant une amende de 15 000 \$ dans la première de ces instances, le juge en chambre a fait remarquer à (1981), 35 N.B.R. (2d) 211, à la p. 215, que [TRADUCTION] «l'employeur ne peut évidemment pas renoncer à l'amende; il ne s'agit pas de dommages-intérêts; c'est une amende imposée par le tribunal.» En fait, il est évident que la *Loi sur l'organisation judiciaire* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2, qui reprend la compétence d'*equity* établie en Angleterre par la Lord Cairns' Act (*Chancery Amendment Act*, 21 & 22 Vict., chap. 27) permettant d'accorder des dommages-intérêts à la place d'une injonction ou en

abortive injunction, because the injunction was in fact issued. The failure of the injunction to operate has been corrected by the contempt orders, which are the proper means for the enforcement of an injunction. Civil damages are not part of the weaponry of the court in ensuring compliance with its injunctions.

Nor can s. 91 of the *Industrial Relations Act* reasonably be considered to establish a cause of action for damages in civil law. It is simply one of a series of restrictive provisions which have been erected by the legislature as part of a complex structure within which labour relations in the province shall be conducted. It is hostile to the purpose and philosophy of such legislation to burden it with collateral actions in the courts for damages against persons who become party to these relations. Damages, where they are the appropriate compensation for action in breach of both the legislation and the collective agreement, are properly available in an arbitration based directly on the terms of the collective agreement, not in an action in the courts based on the terms of the statute.

On the other hand, where the conduct of one party or the other to the collective agreement goes beyond the agreement and offends the independent statutory edict prohibiting strikes during the terms of a collective agreement, the entire application of the labour relations process as laid down by the legislature is brought into question. The wrong is, fortuitously, a mixture of breach of statute and breach of contract. There is no clear directive from the legislature that the courts may not entertain a plea for injunctive relief where the entire statutory system of labour relations is brought into the confrontation, for example in cases where employees strike during the currency of a collective agreement. While cessation of work, either collective or individual, may be the subject of

plus de celle-ci, ne peut servir de fondement au redressement demandé en l'espèce. Les dommages-intérêts dans ces circonstances ne viennent pas «à la place de» l'injonction qui a échoué, parce que celle-ci avait en fait été délivrée. L'échec de l'injonction a été corrigé par les ordonnances d'outrage au tribunal, qui constituent les moyens appropriés pour exécuter une injonction. Les dommages-intérêts civils ne font pas partie de l'arsenal du tribunal lui permettant d'assurer le respect de ses injonctions.

On ne peut pas non plus raisonnablement considérer que l'art. 91 de la *Loi sur les relations industrielles* établit une cause d'action en dommages-intérêts en droit civil. Il s'agit simplement d'un élément d'une série de dispositions restrictives qui ont été incorporées par la législature dans une structure complexe à l'intérieur de laquelle les relations de travail dans la province doivent se dérouler. Il est contraire à l'objet et à la philosophie d'un tel texte législatif de l'encombrer d'actions connexes en dommages-intérêts devant les tribunaux contre des personnes qui deviennent parties à ces relations. Les dommages-intérêts, lorsqu'ils constituent le juste dédommagement pour un acte accompli en violation de la loi et de la convention collective, peuvent à bon droit être obtenus au cours d'un arbitrage fondé directement sur les termes de la convention collective, et non au cours d'une action devant les tribunaux fondée sur les termes de la loi.

Par ailleurs, lorsque la conduite de l'une ou l'autre partie à une convention collective dépasse le cadre de cette convention et porte atteinte à la disposition législative indépendante qui interdit la grève pendant la durée d'une convention collective, l'application complète du processus en matière de relations de travail établi par la législature est remise en question. L'acte dommageable est, d'une manière fortuite, un mélange de la violation d'une loi et d'un contrat. La législature n'a donné aucune directive précise selon laquelle les tribunaux ne peuvent pas entendre de demande d'injonction lorsque tout le régime législatif en matière de relations de travail est bafoué, par exemple dans les affaires où les employés font la grève pendant la durée d'une convention collective. Bien que la

grievance procedures and arbitration and may lead to an arbitration award requiring the party in breach to cease the conduct in question, there is nothing in the statute to indicate exclusivity in this role. Indeed, the statute, by not limiting the edict in s. 91 by any procedural stipulation, and by not explicitly stating that the monetary penalty for breach of a statutory term in s. 111(1) is the only remedy available for breach of s. 91, has left the public interest, in the avoidance of wild-cat strikes and illegal lock-outs, to be served by the courts where the conduct complained of warrants community involvement through the courts. Similarly, s. 102(3), *supra*, clearly contemplates a continuing jurisdiction in the courts, notwithstanding a declaration by the Labour Relations Board that a strike is unlawful, to deal with such an issue where it arises in proceedings before a court. The comments of the learned author of *Canadian Labour Law* (1985), George W. Adams, Q.C., are appropriate (p. 703):

Injunctions granted by the courts may be used to restrain breaches of a collective agreement unless there is legislation preventing access to the courts for actions on a collective agreement. Therefore, in the absence of such restrictive legislation, injunctions have been issued where the courts have been satisfied such action is necessary, most commonly in the cases of unlawful strikes.

The learned author goes on to say that the courts will decline intervention where "equally effective" remedies are available elsewhere. The lack of such remedies in the reality of an expensive stoppage of production is indeed the prime reason for the continued availability in the law of the judicial remedy of injunction, at least in the case of illegal strikes.

I therefore conclude that the courts do have a limited residual presence in the labour relations scheme as it has evolved in the legislative program where the conduct amounts to illegal strike or lock-out, and that the general jurisdiction to issue injunctions under the *Judicature Act* is unimpaired in this context. The court below does not

cessation du travail, de manière collective ou individuelle, puisse faire l'objet de procédures de griefs et d'arbitrage et puisse entraîner une décision arbitrale exigeant que la partie contrevenante mette fin à la conduite en question, il n'y a rien dans la Loi qui indique que ce rôle est exclusif. En fait, en ne limitant pas la disposition de l'art. 91 par un énoncé de procédure, et en ne déclarant pas d'une manière explicite que l'amende pour la violation d'une disposition de la Loi prévue au par. 111(1) constitue la seule réparation possible en cas de violation de l'art. 91, la Loi a fait en sorte que l'intérêt public soit défendu par les tribunaux pour éviter les grèves sauvages et les lock-out illégaux lorsque la conduite reprochée justifie que la société agisse par l'entremise des tribunaux. De même, le par. 102(3), précité, envisage clairement une compétence permanente des tribunaux, nonobstant la déclaration du conseil des relations de travail selon laquelle une grève est illégale, pour traiter d'une telle question lorsqu'elle est soulevée dans des procédures engagées devant un tribunal. Les observations du savant auteur de *Canadian Labour Law* (1985), M. George W. Adams, c.r., sont à-propos (à la p. 703):

[TRADUCTION] Les injonctions accordées par les tribunaux peuvent être utilisées pour limiter les violations d'une convention collective à moins qu'une loi n'interdise le recours aux tribunaux dans le cas d'action portant sur une convention collective. Par conséquent, en l'absence de telles mesures législatives restrictives, les injonctions ont été délivrées lorsque les tribunaux l'ont jugé nécessaire, la plupart du temps dans le cas de grèves illégales.

Le savant auteur ajoute que les tribunaux n'interviendront pas lorsque d'autres recours «également efficaces» existent par ailleurs. L'absence de ces recours dans la réalité d'un arrêt coûteux de la production constitue en fait la raison principale pour laquelle la loi permet d'avoir recours aux tribunaux pour obtenir une injonction, du moins dans le cas de grèves illégales.

Je conclus donc que les tribunaux jouissent d'une présence résiduelle limitée dans le régime des relations de travail comme cela ressort du programme législatif lorsque la conduite équivaut à une grève illégale ou un lock-out et que la compétence générale pour délivrer une injonction en vertu de la *Loi sur l'organisation judiciaire*

appear, as is evident from the passage cited *supra*, to have taken the position that an otherwise competent court may not intervene by injunction alone, but rather centred its attention upon the primacy of the arbitration board in resolving disputes through the grievance process. Of course, if arbitration is pursued, the remedies may be damages or reinstatement, or other remedial procedures known to labour law.

The facts of this case are very similar to those in the *Maritime Employers* case, *supra*. There, the picket line was put up by another union which was on strike against a different employer, but the work *situs* was common to the striking union and the union and employer involved in the *Maritime Employers* proceedings. Here the union which put up the lawful picket line is a different local of the same union representing the mill workers who refused to cross it, and the employer and *situs* of employment is common to both units. In the result, therefore, we have in each case a lawful picket line surrounding a common site of employment and a wrongful refusal to cross the lawful picket line.

In both cases the offended employer took action in the courts for an injunction. Here the employer has asked for damages as well. No doubt this was true in the *Maritime Employers* case, *supra*, but the record does not reveal the extent of the initial claim. Here the trial judge, on his own motion, rejected the action as it pertained to damages. In *Maritime Employers* presumably the parties did not press their claim and the court, considering the matter closed upon the issuance of the interlocutory injunction, did not address the question of damages. It should be noted, however, that the issuance of the injunction was challenged in that proceeding at each level of appeal on several grounds, but not because of any lack of jurisdiction in the court to issue the injunction.

n'est pas restreinte dans ce contexte. Le tribunal d'instance inférieure ne paraît pas, comme il ressort du passage précité, avoir adopté la position selon laquelle un tribunal par ailleurs compétent ne peut pas intervenir uniquement au moyen d'une injonction, mais a plutôt porté son attention sur l'importance du conseil d'arbitrage dans le règlement des conflits par la procédure en matière de griefs. Évidemment, si l'on demande l'arbitrage, les réparations peuvent être des dommages-intérêts ou le rétablissement ou d'autres mesures de redressement propres au droit du travail.

Les faits de l'espèce sont très semblables à ceux de l'affaire *Maritime Employers*, précitée. Dans cette affaire-là, le piquet de grève a été dressé par un autre syndicat qui était en grève contre un employeur différent, mais le lieu de travail était le même pour le syndicat en grève et le syndicat et l'employeur visés dans l'affaire *Maritime Employers*. En l'espèce, le syndicat qui a légalement dressé un piquet de grève est une section locale différente du même syndicat qui représente les ouvriers de l'usine qui ont refusé de le franchir, et l'employeur ainsi que le lieu de travail sont communs aux deux unités. Il en découle donc dans chaque affaire un piquet de grève légal entourant un lieu de travail commun et un refus illicite de franchir ce piquet de grève.

Dans les deux cas, l'employeur qui a subi un préjudice a intenté une action devant les tribunaux en vue d'obtenir une injonction. En l'espèce, l'employeur a également demandé des dommages-intérêts. C'était sans doute vrai dans l'affaire *Maritime Employers*, précitée, mais le dossier ne révèle pas l'étendue de la réclamation initiale. En l'espèce, le juge de première instance, de sa propre initiative, a rejeté l'action en ce qui a trait aux dommages-intérêts. Dans l'affaire *Maritime Employers*, les parties n'ont présumément pas fait valoir leur réclamation et le tribunal, considérant que l'affaire était réglée par l'injonction interlocutoire, n'a pas traité de la question des dommages-intérêts. Toutefois, il convient de souligner que la délivrance de l'injonction a été contestée dans cette affaire à chaque niveau d'appel pour plusieurs motifs, mais pas à cause du défaut de compétence du tribunal pour délivrer l'injonction.

Therefore, I conclude that the courts below were correct in law in recognizing that the claim for damages must be advanced in the contractual forum of an arbitration board. This is so where legislation requires the parties to establish a mechanism for dispute resolution, and whether the arbitration board so established is 'statutory' or is private in nature. This appeal does not require comment upon the question of the range or remedies the board may apply in disposing of differences arising under the collective agreement, as we are here concerned only with a claim for damages. On the other hand, it should be said for clarity and completeness, because the issue of the availability of a court injunction and other judicial remedies was ever present in the arguments presented by the parties to this Court, that the initial process in injunction undertaken by the court in these proceedings was within the jurisdiction of the court, and that this jurisdiction has not been reduced by the labour relations statute or indeed by the presence of the collective agreement and its provision for arbitration.

I therefore would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Petrie & Richmond, Fredericton.

Solicitors for the respondent: Neill, Breen & Miller, Fredericton.

Par conséquent, je conclus que les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison en droit de reconnaître que la réclamation en dommages-intérêts doit être présentée dans le cadre de la juridiction désignée dans la convention, soit le conseil d'arbitrage. Tel est le cas lorsque le texte législatif exige que les parties prévoient un mécanisme pour le règlement des différends, que le conseil d'arbitrage ainsi prévu soit «créé par la loi» ou soit de nature privée. Le présent pourvoi n'exige pas que l'on parle de la question de l'éventail des redressements que le conseil peut appliquer pour régler les différends qui découlent d'une convention collective, car nous ne sommes saisis en l'espèce que d'une réclamation en dommages-intérêts. Par ailleurs, pour compléter et clarifier l'affaire, il convient de souligner que, parce que les parties devant cette Cour ont présenté des arguments qui portaient toujours sur la question de la possibilité d'obtenir une injonction du tribunal et d'autres recours judiciaires, la procédure initiale d'injonction suivie par le tribunal dans ces cas relevait de sa compétence et celle-ci n'avait pas été amoindrie par la loi en matière de relations de travail ou en fait par la présence de la convention collective et de sa disposition prévoyant l'arbitrage.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Petrie & Richmond, Fredericton.

Procureurs de l'intimée: Neill, Breen & Miller, Fredericton.

Attorney General of the Province of Quebec
Appellant;

and

**Expropriation Tribunal, Judge Léon Nichols
and Laurent Cantin** *Respondents;*

and

Alfred Francœur and Robert Bernier *Mis en
cause.*

File No.: 18359.

1986: February 4; 1986: June 12.

Present: Beetz, Chouinard, Lamer, Le Dain and
La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Expropriation — Crown — Discontinuance — Temporal application of the law — Discontinuance pursuant to rules of Code of Civil Procedure though Expropriation Act had come into effect — Whether new Expropriation Act applicable to expropriation by Crown before it came into effect — No vested right in unilateral discontinuance — Expropriation Act, R.S.Q. 1977, c. E-24, s. 55 (formerly Expropriation Act, 1973 (Que.), c. 38, s. 54) — Code of Civil Procedure, art. 797.

In 1970 the Government of Quebec expropriated certain immovables pursuant to the provisions of the *Code of Civil Procedure* then in effect. Three years later, the rules of the Code on expropriation were replaced by a new system applicable to all expropriations authorized by the statutes of Quebec. After the *Expropriation Act* came into effect, the government unilaterally discontinued in reliance on art. 797 *C.C.P.* Under s. 55 of the *Expropriation Act* the expropriating party can always discontinue, but it can do so only with the authorization of the Expropriation Tribunal. Appellant was invited to appear with the expropriated parties before the Expropriation Tribunal to determine the expropriation indemnities and raised an objection to the jurisdiction of the Tribunal, alleging that, as the Minister had discontinued, strictly speaking there was no longer any expropriation. The Tribunal held that s. 55 was applicable and dismissed the objection. Appellant then applied to the Superior Court for a writ of evocation against this decision. The Superior Court allowed the application but its judgment was reversed by the Court of Appeal. The appeal at bar was to determine whether the govern-

Procureur général de la province de Québec
Appelant;

et

^a **Tribunal de l'expropriation, M. le juge Léon
Nichols et Laurent Cantin** *Intimés;*

et

^b **Alfred Francœur et Robert Bernier** *Mis en
cause.*

N° du greffe: 18359.

1986: 4 février; 1986: 12 juin.

^c Présents: Les juges Beetz, Chouinard, Lamer, Le Dain
et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^d *Expropriation — Couronne — Désistement — Application de la loi dans le temps — Désistement selon les règles du Code de procédure civile malgré l'entrée en vigueur de la Loi de l'expropriation — La nouvelle loi sur l'expropriation est-elle applicable à une expropriation faite avant son entrée en vigueur par la Couronne? — Aucun droit acquis au désistement unilatéral — Loi sur l'expropriation, L.R.Q. 1977, chap. E-24, art. 55 (auparavant Loi de l'expropriation, 1973 (Qué.), chap. 38, art. 54) — Code de procédure civile, art. 797.*

^e En 1970, le gouvernement du Québec a exproprié certains immeubles conformément aux dispositions du *Code de procédure civile* applicables à l'époque. Trois ans plus tard, les règles du Code relatives à l'expropriation ont été remplacées par un nouveau régime applicable à toutes les expropriations permises par les lois du Québec. Après l'entrée en vigueur de la *Loi de l'expropriation* (maintenant la *Loi sur l'expropriation*), le gouvernement s'est désisté unilatéralement en s'appuyant sur l'art. 797 *C.p.c.* En vertu de l'art. 55 de la *Loi sur l'expropriation*, l'expropriant peut toujours se désister mais il ne peut le faire désormais qu'avec l'autorisation du Tribunal de l'expropriation. Convoqué avec les expropriés devant ce Tribunal afin de fixer les indemnités pour l'expropriation, l'appelant a soulevé une objection à la compétence du Tribunal alléguant que, compte tenu du désistement, il n'y avait plus à proprement parler d'expropriation. Le Tribunal a statué que l'art. 55 était applicable et a rejeté l'objection. L'appelant s'est alors adressé à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre de cette décision. La Cour supérieure a accueilli la requête mais la

ment could in 1979 file a unilateral discontinuance in the registry office in respect of the expropriations made in 1970, or whether to do so it had to obtain the Expropriation Tribunal's authorization.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 55 of the *Expropriation Act* applies to an expropriation begun by the Crown before the new statute came into effect. Though s. 55 does not expressly mention the Crown, such a reference was not necessary despite s. 42 of the *Interpretation Act* since, in view of s. 88 of the *Expropriation Act* of 1973, the Act was clearly applicable as a whole to expropriations by the Crown. Section 88 provided that the new statute replaced arts. 773 to 797 *C.C.P.* At the time, arts. 791 to 797 *C.C.P.* governed expropriations by the Crown. Thus, the Crown in right of the province itself undertook to comply with the provisions of the new statute.

The right which the Crown had to unilaterally discontinue, and which it did not exercise at the time the new statute came into effect, is not a vested right. A vested right is one which exists and produces effects. That does not include a right which could have been exercised but was not, and which is no longer available under the law.

Finally, the case at bar is not one of retroactive legislation but one in which the statute applies immediately. The application of s. 55 to expropriations made before it came into effect does not give it retroactive effect. Section 55 is only intended to remove for the future the right to file a unilateral discontinuance previously enjoyed by appellant. That section has no effect on the right in so far as it was exercised before s. 55 came into effect.

Cases Cited

Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 271; *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47; *Bellechasse Hospital v. Pilotte*, [1975] 2 S.C.R. 454, applied; *Procureur général du Québec v. Archambault*, C.S. Bedford, No. 455-05-000105-78, June 13, 1978, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, 1965 (Qué.), c. 80, arts. 791 to 797 [rep. 1973 (Qué.), c. 38].

Cour d'appel a infirmé le jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer si le gouvernement pouvait en 1979 produire au bureau d'enregistrement un désistement unilatéral relatif à des expropriations faites en 1970, ou s'il devait, à cette fin, obtenir l'autorisation du Tribunal de l'expropriation.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'article 55 de la *Loi sur l'expropriation* s'applique à une expropriation faite par la Couronne commencée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Même si l'art. 55 ne mentionne pas expressément la Couronne, cette mention n'était pas nécessaire malgré l'art. 42 de la *Loi d'interprétation* puisque, compte tenu de l'art. 88 de la *Loi de l'expropriation*, cette dernière était clairement applicable dans son ensemble aux expropriations faites par la Couronne. L'article 88 prévoyait en effet que la nouvelle loi remplaçait les art. 773 à 797 *C.p.c.* Or, les art. 791 à 797 *C.p.c.* réglaient à l'époque les expropriations faites par la Couronne. La Couronne provinciale s'est donc elle-même soumise aux dispositions de la nouvelle loi.

Le droit qu'avait la Couronne de se désister unilatéralement et qu'elle n'avait pas exercé au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ne constitue pas un droit acquis. Un droit acquis est un droit qui est né et qui produit des effets. Cela ne comprend pas un droit dont on aurait pu se prévaloir mais dont on ne s'est pas prévalu et que la loi n'accorde plus.

Finalement, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas de rétroactivité de la loi mais d'un cas d'application immédiate. L'application de l'art. 55 à des expropriations antérieures à son entrée en vigueur ne lui donne pas un effet rétroactif. L'article 55 ne vise qu'à retirer pour l'avenir le droit de produire un désistement unilatéral dont l'appelant pouvait se prévaloir auparavant. Cet article n'a aucune incidence sur le droit de produire un désistement unilatéral dans la mesure où il a été exercé avant l'entrée en vigueur de l'art. 55.

h Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47; *Hôpital Bellechasse c. Pilotte*, [1975] 2 R.C.S. 454; arrêt mentionné: *Procureur général du Québec c. Archambault*, C.S. Bedford, n° 455-05-000105-78, 13 juin 1978.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, 1965 (Qué.), chap. 80, art. 791 à 797 [abr. 1973 (Qué.), chap. 38].

Expropriation Act, 1973 (Que.), c. 38, ss. 34, 54, 88, 148 [repl. 1973 (Que.), c. 39, s. 5].

Expropriation Act, R.S.Q. 1977, c. E-24, s. 55 [formerly s. 54 of the *Expropriation Act*, 1973 (Que.), c. 38].

Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, ss. 41, 42, 49, 50.

Authors Cited

Baudouin, L. *Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1965.

Côté, P. A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1984.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] R.D.J. 432, reversing a judgment of the Superior Court authorizing a writ of evocation to be issued. Appeal dismissed.

Marcus Spivock, for the appellant.

Marcel Cinq-Mars, Q.C., and *André Durocher*, for the respondents.

English version of the judgment of the Court was delivered by

CHOUINARD J.—This appeal raises a question of temporal application of the law.

It concerns two judgments of the Court of Appeal relating to the mis en cause expropriated parties.

In 1973 the legislature adopted new expropriation rules applicable to all expropriations authorized by the statutes of Quebec: the *Expropriation Act*, 1973 (Que.), c. 38.

However, the expropriation of the immovables of the mis en cause dates back to 1970. It was done pursuant to arts. 791 to 797 *C.C.P.*, 1965 (Que.), c. 80, which established special rules for expropriations by the Crown. Under art. 792, depositing a plan and description of the property to be expropriated with the registry office made the government owner of the right “subject only to the obligation of paying the indemnity awarded”, and possession of the property vested immediately in the Minister.

Further, art. 797 provided:

797. At any time before the payment of the indemnity, the Minister may declare in writing that the expro-

Loi d'interprétation, L.R.Q., chap. I-16, art. 41, 42, 49, 50.

Loi de l'expropriation, 1973 (Qué.), chap. 38, art. 34, 54, 88, 148 [repl. 1973 (Qué.), chap. 39, art. 5].

a *Loi sur l'expropriation*, L.R.Q. 1977, chap. E-24, art. 55 [auparavant art. 54 de la *Loi de l'expropriation*, 1973 (Qué.), chap. 38].

Doctrine citée

b Baudouin, L. *Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1965.

Côté, P. A. *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1982.

c POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] R.D.J. 432, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, qui avait autorisé la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi rejeté.

Marcus Spivock, pour l'appelant.

d *Marcel Cinq-Mars, c.r.*, et *André Durocher*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

e LE JUGE CHOUINARD—Ce pourvoi soulève une question d'application de la loi dans le temps.

f Deux arrêts de la Cour d'appel relatifs aux expropriés mis en cause en font l'objet.

En 1973, la législature adoptait un nouveau régime d'expropriation applicable à toutes les expropriations permises par les lois du Québec. C'était la *Loi de l'expropriation*, 1973 (Qué.), chap. 38.

h Cependant, l'expropriation des immeubles des mis en cause remonte à 1970. Elle a été faite en vertu des art. 791 à 797 *C.p.c.*, 1965 (Qué.), chap. 80, qui prévoyaient un régime particulier pour les expropriations par la Couronne. Suivant l'art. 792, le dépôt au bureau d'enregistrement d'un plan et d'une description du bien à exproprier rendait le gouvernement titulaire du droit «sous la seule obligation de payer l'indemnité adjugée» et la possession du bien était immédiatement dévolue au ministre.

j Par ailleurs, l'art. 797 disposait:

797. En tout temps avant le paiement de l'indemnité, le ministre peut déclarer par écrit que l'immeuble expro-

propriated immovable is no longer required in whole or in part, and from the deposit of such declaration at the registry office, the immovable which is not required reverts to the expropriated party, and the indemnity for the expropriation must be fixed or revised accordingly.

In 1979 the Minister in fact deposited such a declaration in respect of the immovables of each of the mis en cause.

Under the new Act the expropriating party can always discontinue. However, it must do so before paying the provisional indemnity required in order to take possession, and it can do so only with the authorization of the Expropriation Tribunal. Section 55 of the *Expropriation Act*, R.S.Q. 1977, c. E-24, in effect at the time in question, read as follows:

55. The expropriating party may, with the authorization of the tribunal, totally or partially discontinue his suit at any time before payment of the provisional indemnity of expropriation. The order of the tribunal to that effect must be registered by deposit in the registry office where the notice of expropriation had been registered. Subject to the registration of that order, the discontinuance is retroactive from the date of registration of the notice of expropriation.

In the case of partial discontinuance, the tribunal shall fix the amount of the indemnity to which the expropriated party is entitled by taking the discontinuance into account and grant damages, if need be, for the portion of which the expropriating party has discontinued his suit.

The specific question raised by this appeal is whether the government could, as it did in 1979, file a unilateral discontinuance in the registry office in respect of the expropriations made in 1970, or whether to do so it had to obtain the Tribunal's authorization.

Appellant, who was invited to appear with the expropriated parties before the Expropriation Tribunal to determine the indemnities, raised an objection to the jurisdiction of the Tribunal. The latter concluded that s. 55 was applicable, dismissed the objection and set a date to hear the matter on the merits.

Appellant then applied to the Superior Court for a writ of evocation.

prié n'est plus requis en tout ou en partie, et à compter du dépôt de cette déclaration au bureau d'enregistrement, l'immeuble non requis redevient la propriété de l'exproprié, et l'indemnité d'expropriation doit être fixée ou révisée en conséquence.

En 1979, le ministre a effectivement déposé une telle déclaration relativement aux immeubles de chacun des mis en cause.

En vertu de la nouvelle loi l'expropriant peut toujours se désister. Cependant il doit le faire avant de payer l'indemnité provisionnelle requise pour prendre possession et il ne peut le faire qu'avec l'autorisation du Tribunal de l'expropriation. L'article 55 de la *Loi sur l'expropriation*, L.R.Q. 1977, chap. E-24, en vigueur à l'époque pertinente, était ainsi rédigé:

55. L'expropriant peut, avec l'autorisation du tribunal, se désister totalement ou partiellement en tout temps avant paiement de l'indemnité provisionnelle d'expropriation. L'ordonnance du tribunal à cet effet doit être enregistrée, par dépôt, au bureau d'enregistrement où l'avis d'expropriation avait été enregistré. Sous réserve de l'enregistrement de cette ordonnance, le désistement rétroagit à la date de l'enregistrement de l'avis d'expropriation.

Au cas de désistement partiel, le tribunal fixe le montant de l'indemnité auquel l'exproprié a droit en tenant compte du désistement et accorde des dommages, s'il y a lieu, pour la partie dont l'expropriant s'est désisté.

La question particulière que pose ce pourvoi est de savoir si le gouvernement pouvait, comme il l'a fait en 1979, produire au bureau d'enregistrement un désistement unilatéral relatif à des expropriations faites en 1970, ou s'il devait, à cette fin, obtenir l'autorisation du Tribunal.

L'appelant, convoqué avec les expropriés devant le Tribunal de l'expropriation afin de fixer les indemnités, souleva une objection à la compétence du Tribunal. Ce dernier, estimant que l'art. 55 était applicable, a rejeté l'objection et a fixé une date pour l'audition des affaires au fond.

L'appelant s'adressa alors à la Cour supérieure en vue d'obtenir l'émission d'un bref d'évocation.

Essentially, appellant alleged that the Expropriation Tribunal had no jurisdiction to determine the expropriation indemnity because, as the Minister had discontinued, strictly speaking there was no longer any expropriation. Appellant further alleged that the Tribunal erred in deciding that the deed of reconveyance was void; in not taking into account the fact that the replacement of the statute, unlike a repeal, was intended to preserve the rights of the parties; in ignoring the presumption that statutes do not have retroactive effect; in disregarding the fact that this was a question of law, not a question of procedure; and finally, in not following a judgment of the Superior Court, *Procureur général du Québec v. Archambault*, C.S. (District of Bedford), No. 455-05-000105-78, June 13, 1978, in which Fortin J. held that, like any other statute, the *Expropriation Act* did not have retroactive effect.

The Superior Court judge found in favour of appellant and authorized a writ of evocation to be issued. He based this finding on s. 42 of the *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, and on the transitional provision of s. 148 of the *Expropriation Act* of 1973, *supra*, as amended by 1973 (Que.), c. 39, s. 5.

The first paragraph of s. 42 of the *Interpretation Act* provides:

42. No statute shall affect the rights of the Crown, unless they are specially included.

The relevant portions of s. 148 of the *Expropriation Act* of 1973 read as follows:

148. Expropriations begun before the bodies mentioned in section 147 shall be continued, from September 26 1973, before the Superior Court or, as the case may be, before the tribunal, in accordance with this act, to the extent that it is applicable to them.

The expropriated party may in respect of any such expropriation apply to the tribunal in accordance with article 793 of the Code of Civil Procedure as if such article had not been replaced.

The Superior Court judge wrote:

[TRANSLATION] The Court must determine whether the Crown had special rights here not enjoyed by other expropriating parties, or to use the phrase of Louis-

L'appelant alléguait pour l'essentiel que le Tribunal de l'expropriation n'avait pas compétence pour fixer l'indemnité d'expropriation parce que le ministre s'étant désisté, il n'y avait plus à proprement parler d'expropriation. L'appelant alléguait aussi que le Tribunal avait erré en décidant que l'acte de rétrocession était sans effet; en ne considérant pas que le remplacement de la loi, contrairement à l'abrogation, visait à conserver les droits des parties; en ne tenant pas compte de la présomption de non rétroactivité des lois; en ne faisant pas cas du fait qu'il s'agissait d'une question de droit par opposition à de la procédure et enfin, en ne se conformant pas à un jugement de la Cour supérieure, *Procureur général du Québec c. Archambault*, C.S. (District de Bedford), n° 455-05-000105-78, 13 juin 1978, dans lequel le juge Fortin décidait que la *Loi de l'expropriation*, comme toutes les autres lois, n'avait pas d'effet rétroactif.

Le juge de la Cour supérieure a donné raison à l'appelant et a autorisé l'émission d'un bref d'évocation. Il s'est fondé sur l'art. 42 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., chap. I-16 et sur la disposition transitoire de l'art. 148 de la *Loi de l'expropriation*, précitée, modifiée par 1973 (Qué.), chap. 39, art. 5.

Le premier alinéa de l'art. 42 de la *Loi d'interprétation* dispose:

42. Nulle loi n'a d'effet sur les droits de la couronne, à moins qu'ils n'y soient expressément compris.

Les parties pertinentes de l'art. 148 de la *Loi de l'expropriation* sont ainsi rédigées:

148. Les expropriations commencées devant les organismes visés à l'article 147 sont continuées, à compter du 26 septembre 1973, devant la Cour supérieure ou, suivant le cas, devant le tribunal, conformément aux dispositions de la présente loi pour autant qu'elles leur sont applicables.

L'exproprié peut, à l'égard de toute semblable expropriation, s'adresser au tribunal conformément à l'article 793 du Code de procédure civile comme si cet article n'avait pas été remplacé.

Le juge de la Cour supérieure écrit:

Il faut rechercher si la couronne avait ici des droits spéciaux que n'avaient pas les autres expropriants, ou pour employer l'expression de Louis-Philippe Pigeon

Philippe Pigeon [*Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1965, p. 31], whether it enjoyed a special status.

Article 797 is to be found in Section VI, titled "Expropriation by the Crown". The actual wording of art. 797 makes it clear that the Crown enjoys a special status, which may be exercised by the Minister responsible for the expropriation. No other similar article gives such a right to any expropriating party but the Crown.

Accordingly, when the provincial government deposited the notice of expropriation in 1970, art. 797 gave it, and it alone, the right to subsequently discontinue the expropriation by a unilateral act.

Section 55 of the Expropriation Act requires the expropriating party to obtain the Tribunal's authorization for discontinuing an expropriation. If that section applied to an expropriation begun by the Crown before the new statute came into effect, a right of the Crown would be infringed without any express provision. Section 42 of the Interpretation Act does not permit such a construction. The Court finds no specific indication in s. 148 that the new rule will henceforth be applicable to the Crown. At page 32 of his text, Louis-Philippe Pigeon writes: "When the rule applies, any intention to depart from it must be expressly stated to be applicable to Her Majesty, by referring to her specifically".

The Court accordingly concludes, taking the allegations of the motion as proven, that the Expropriation Tribunal has no jurisdiction to set an indemnity for an expropriation by the Crown when the latter has discontinued the expropriation under the right conferred on it by art. 797 C.C.P.

In a unanimous judgment, [1983] R.D.J. 432, the Court of Appeal reversed the judgment of the Superior Court and dismissed the motion in evocation. The Court of Appeal considered that s. 55 of the *Expropriation Act* was applicable to the Crown, which had itself undertaken to comply with the Act. The only question was whether the government had a vested right in the unilateral discontinuance authorized by art. 797 C.C.P., and so whether the discontinuance was simply a matter of procedure as opposed to a substantive right. Jacques J.A. wrote for the Court at p. 434:

[TRANSLATION] A discontinuance before judgment, whether in an expropriation proceeding or otherwise, is a relinquishment of the exercise of a right but it does not entail relinquishing the right itself. Its effect is to return matters to the state they were in before the action. It is

[*Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1965, p. 31], si elle bénéficiait d'un régime spécial.

L'article 797 se trouvait dans la section VI intitulée "De l'expropriation par la couronne. Le texte même de l'article 797 fait bien voir que la couronne bénéficie d'un régime spécial. C'est le ministre chargé de l'expropriation qui peut l'exercer. Aucun autre article semblable n'accorde un tel droit à l'expropriant qui n'est pas la couronne.

Ainsi donc, lorsque le gouvernement provincial a déposé l'avis d'expropriation en 1970, l'article 797 lui donnait le droit, et à lui seul, de renoncer subséquemment à l'expropriation, par un acte unilatéral.

L'article 55 de la Loi de l'Expropriation oblige l'expropriant à obtenir l'autorisation du tribunal pour se désister d'une expropriation. Si cet article s'appliquait à une expropriation par la couronne commencée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle on porterait atteinte à un droit de la couronne et sans le dire expressément. L'article 42 de la Loi d'Interprétation ne le permet pas. La Cour ne retrouve pas dans l'article 148 l'expression formelle que la nouvelle règle sera dès lors applicable à la couronne. Louis-Philippe Pigeon écrit à la page 32 de son ouvrage: «Lorsque la règle s'applique, il faut, pour y déroger, exprimer formellement l'intention de rendre la règle applicable à sa Majesté en la nommant».

La Cour en vient donc à la conclusion, en tenant pour avérées les allégations de la requête, que le Tribunal de l'Expropriation n'a pas juridiction pour déterminer une indemnité d'expropriation par la couronne qui a renoncé à l'expropriation en vertu du droit à elle reconnu par l'art. 797 C.P.

Par son arrêt unanime, [1983] R.D.J. 432, la Cour d'appel a infirmé le jugement de la Cour supérieure et rejeté la requête en évocation. La Cour d'appel fut d'avis que l'art. 55 de la *Loi sur l'expropriation* était applicable à la Couronne qui s'y était elle-même soumise. La seule question était de savoir si le gouvernement avait un droit acquis au désistement unilatéral autorisé par l'art. 797 C.p.c., et partant, de savoir si le désistement était une simple procédure par opposition à un droit substantif. Au nom de la Cour le juge Jacques a écrit à la p. 434:

Le désistement avant jugement, qu'il s'agisse d'expropriation ou non, est l'abandon de l'exercice d'un droit sans cependant que cela comporte l'abandon du droit lui-même. Son effet est de remettre les choses dans l'état qu'elles étaient avant la demande. Il fait partie de

part of the procedure governing the exercise of rights. It is not a right which exists independently of the proceedings used to exercise a right, such as the right to expropriate itself, or any other right of action.

A discontinuance is therefore simply a matter of procedure, not a substantive right.

The new Act regulates the way in which the plaintiff, or the expropriating party, may use this procedure. It requires certain formalities to be complied with to prevent the injustices which may sometimes result from discontinuance.

As it is now well established (Pigeon L.-P., *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, 1965, p. 49) that a new rule of procedure applies to cases pending when it comes into effect, it follows that the discontinuance which the Attorney General of the province wished to make had to be authorized by the Expropriation Tribunal pursuant to s. 55.

From the factums and arguments of the parties, it appears that in order to dispose of this appeal the Court must consider the following four points, which in my opinion cover all the principal arguments made by appellant and respondents:

- (1)—whether the *Expropriation Act*, and in particular s. 55, applies to the Crown;
- (2)—the presumption that vested rights may not be adversely affected;
- (3)—the presumption against retroactive legislation;
- (4)—the finding by the Expropriation Tribunal that the 1979 deed of reconveyance is invalid because it is contrary to the provisions of s. 55.

1—Applicability of the *Expropriation Act*, in Particular s. 55, to the Crown

The argument accepted by the Superior Court judge was based on s. 42 of the *Interpretation Act*, which provides that no statute shall affect the rights of the Crown unless they are specially included.

In the submission of the appellant, the Crown's right is a "right of ownership". Under art. 792 *C.C.P.*, merely depositing a plan and description made the Crown owner of the expropriated property. Under art. 797 *C.C.P.*, the Crown was entitled in its discretion to convey the property back

l'organisation de l'exercice des droits. Ce n'est pas un droit qui existe indépendamment des procédures utilisées pour faire valoir un droit, comme par exemple le droit à l'expropriation lui-même, ou tout autre droit d'action.

En conséquence, le désistement est une simple procédure et non un droit substantif.

La nouvelle loi règle l'usage que le demandeur, ou l'expropriant, peut faire de cette procédure. Elle exige certaines formalités pour empêcher les injustices qui peuvent parfois résulter du désistement.

Or, comme il est maintenant acquis (Pigeon L.-P., *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, 1965, p. 49), qu'une nouvelle règle de procédure s'applique dès son entrée en vigueur aux causes pendantes, il s'ensuit que le désistement que voulait faire le Procureur général de la province devait être autorisé par le Tribunal de l'expropriation conformément à l'article 55.

À partir des mémoires et des plaidoiries des parties, il m'apparaît que pour disposer de ce pourvoi il faut considérer les quatre points suivants qui recouvrent, à mon avis, tous les principaux moyens qu'appelant et intimés ont mis de l'avant:

- 1)—L'applicabilité à la Couronne de la *Loi sur l'expropriation* et en particulier de son art. 55.
- 2)—La présomption voulant qu'on ne puisse porter atteinte aux droits acquis.
- 3)—La présomption à l'encontre de la rétroactivité des lois.
- 4)—La déclaration par le Tribunal de l'expropriation que l'acte de rétrocession de 1979 est sans effet parce qu'il va à l'encontre des dispositions de l'art. 55.

1—L'applicabilité à la Couronne de la *Loi sur l'expropriation* et en particulier de son art. 55

Le moyen retenu par le juge de la Cour supérieure est fondé sur l'art. 42 de la *Loi d'interprétation* qui porte que nulle loi n'a d'effet sur les droits de la Couronne à moins qu'ils n'y soient expressément compris.

Le droit de la Couronne serait, selon l'appelant, son «droit de propriété». Aux termes de l'art. 792 *C.p.c.* le simple dépôt du plan et de la description rendait la Couronne propriétaire du bien exproprié. La Couronne, en vertu de l'art. 797 *C.p.c.* avait le droit de rétrocéder le bien à sa guise à

to the expropriated party simply by registering a notice. If the Crown was under a duty to obtain authorization from the Tribunal, its "right of ownership" would be affected.

It is true that s. 55 of the *Expropriation Act* does not expressly mention the Crown, nor does s. 148.

In addition to this silence, appellant relied on the final words of the first paragraph of s. 148: "to the extent that it is applicable to them".

To weigh the merits of this argument more adequately, I again quote the paragraph in question:

148. Expropriations begun before the bodies mentioned in section 147 shall be continued, from September 26 1973, before the Superior Court or, as the case may be, before the tribunal, in accordance with this act, to the extent that it is applicable to them.

In appellant's submission the words in question clearly show that the legislator did not intend to alter existing rights. Appellant submitted that, in deciding whether the new statute is applicable to expropriations begun before it came into effect, this Court should consider the judgments which the Superior Court and the Expropriation Tribunal can make. If those judgments have an effect retroactive to the time when the new statute was not in effect, and have the consequence of denying rights and creating jurisdiction, the new statute cannot be applied.

Alternatively, s. 55 of the Act makes it a condition of jurisdiction that the discontinuance should be made before the expropriating party pays the provisional indemnity and so before it takes possession and acquires the right of ownership. Appellant submitted that the *Code of Civil Procedure* does not impose on the Crown an obligation to pay a provisional indemnity before taking possession. The Crown became owner immediately by filing the plan and description of the property to be expropriated. In strictly functional terms, therefore, appellant submitted, s. 55 cannot apply to an expropriation done by the Crown before the legislator passed the new statute.

l'exproprié par le simple enregistrement d'un avis. En assujettissant la Couronne à l'obligation d'obtenir l'autorisation du Tribunal, son «droit de propriété» serait affecté.

Il est vrai que l'art. 55 de la *Loi sur l'expropriation* ne mentionne pas expressément la Couronne non plus que l'art. 148.

Outre ce silence, l'appelant invoque les derniers mots du premier alinéa de l'art. 148: «pour autant qu'elles leur sont applicables».

Pour mieux évaluer cet argument je cite de nouveau tout l'alinéa:

148. Les expropriations commencées devant les organismes visés à l'article 147 sont continuées, à compter du 26 septembre 1973, devant la Cour supérieure ou, suivant le cas, devant le tribunal, conformément aux dispositions de la présente loi pour autant qu'elles leur sont applicables.

Les mots en question démontrent clairement, selon l'appelant, l'intention du législateur de ne pas affecter les droits. L'appelant soumet que pour décider si la nouvelle loi est applicable aux expropriations commencées avant qu'elle ne soit entrée en vigueur, il faut considérer les jugements que peuvent rendre la Cour supérieure et le Tribunal de l'expropriation. Si ces jugements rétroagissent au temps où la loi nouvelle n'était pas en vigueur et ont pour effet de nier des droits et de créer une juridiction, il ne peut être question d'appliquer la nouvelle loi.

Subsidiairement, l'art. 55 de la Loi pose comme condition juridictionnelle que le désistement soit fait avant que l'expropriant paie l'indemnité provisionnelle et par voie de conséquence avant qu'il prenne possession et acquiert le droit de propriété. Or, soumet l'appelant, le *Code de procédure civile* n'imposait pas à la Couronne l'obligation de payer une indemnité provisionnelle avant de prendre possession. La Couronne devenait propriétaire immédiatement en déposant le plan et la description du bien à exproprier. Au strict plan fonctionnel donc, suivant l'appelant, l'art. 55 ne peut s'appliquer à une expropriation faite par la Couronne avant que le législateur passe la nouvelle loi.

With respect, this reasoning does not appear to be persuasive. Since the Crown did not have to pay a provisional indemnity, merely a final indemnity, the condition imposed by s. 55 was not broken so long as the final indemnity had not been paid. I see no inconsistency in this which could make s. 55 impossible to apply. The same is true for possession. As the Crown proceeded validly under the provisions of the *Code of Civil Procedure* and was in possession, s. 55 can still be applied: the only result is that if the Crown was authorized to discontinue it would have to hand over possession as well as ownership.

Respondents gave the words "to the extent that it is applicable to them" a completely different meaning. It appears from reading the first paragraph of s. 148 that the powers in an expropriation proceeding are divided between the Tribunal and the Superior Court. This division differs from that under the *Code of Civil Procedure*. The way the matter proceeds is also dealt with differently. Respondents simply concluded:

[TRANSLATION] ... what s. 148 means is that the provisions of the new Act are immediately applicable and that an expropriation proceeding will be conducted in the Superior Court or before the Expropriation Tribunal depending on which one has jurisdiction over the stage in question.

Whatever the meaning of these words, and without deciding although I am inclined to think that respondents are correct, I do not believe that they are conclusive.

In my opinion what is conclusive is that the *Expropriation Act* of 1973 is clearly applicable as a whole to expropriations by the Crown.

Section 88 provides:

88. This act replaces Chapter Three of Title Two of Book Five of the Code of Civil Procedure, comprising articles 773 to 797.

Expropriation by the Crown is included in the articles replaced by the new Act.

Section 34 provides that the Act applies to all expropriations authorized by the laws of the Prov-

Avec égards, ce raisonnement ne me paraît pas concluant. Puisque la Couronne n'avait pas à payer d'indemnité provisionnelle mais seulement une indemnité finale, la condition posée par l'art. 55 ne se trouvait pas enfreinte tant que l'indemnité finale n'était pas payée. Je ne vois pas là une incompatibilité pouvant rendre l'art. 55 impossible à appliquer. Il en va de même en ce qui concerne la possession. La Couronne ayant procédé valablement en vertu des dispositions du *Code de procédure civile* et se trouvant en possession, l'art. 55 peut encore s'appliquer: la seule conséquence est que si la Couronne est autorisée à se désister elle devra remettre la possession comme aussi la propriété.

Les intimés donnent aux mots: «pour autant qu'elles leur sont applicables» un tout autre sens. À la lecture du premier alinéa de l'art. 148 il apparaît que les pouvoirs en matière d'expropriation sont partagés entre le Tribunal et la Cour supérieure. Or, ce partage diffère de celui qui existait en vertu du *Code de procédure civile*. La marche du dossier diffère aussi. De conclure simplement les intimés:

... ce que l'article 148 veut dire, c'est que les dispositions de la loi nouvelle sont immédiatement applicables et que l'instance en expropriation sera poursuivie devant la Cour supérieure ou devant le Tribunal de l'expropriation selon que c'est celui-ci ou celle-là qui a juridiction sur l'étape en question.

Quoi qu'il en soit du sens de ces mots, et sans en décider même si je suis porté à penser que ce sont les intimés qui ont raison, je ne crois pas qu'ils soient déterminants.

Ce qui est déterminant, à mon avis, c'est que la *Loi de l'expropriation* est clairement applicable dans son ensemble aux expropriations par la Couronne.

L'article 88 édicte:

88. La présente loi remplace le chapitre troisième du titre deuxième du livre cinquième du Code de procédure civile, comprenant les articles 773 à 797.

L'expropriation par la Couronne est comprise dans les articles que la nouvelle loi remplace.

L'article 34 édicte que la Loi régit toutes les expropriations permises par les lois du Québec.

ince of Quebec. These provisions are quite adequate and it was not in any way necessary, in order to comply with s. 42 of the *Interpretation Act*, to make a special reference to the Crown in s. 55 or s. 148.

I concur with Jacques J.A. of the Court of Appeal, who wrote at p. 434:

[TRANSLATION] It is thus clear that the Crown in right of the province itself undertook to comply with the expropriation procedure of the ordinary law, and that *inter alia* it undertook to be governed by the provisions of s. 55 of the Act.

Further, appellant did not argue that the new Act, including s. 55, does not apply to an expropriation begun after the Act had come into effect. That at least is what I understand when he writes: [TRANSLATION] "We do not maintain that for . . . an expropriation begun on April 1, 1976 the Crown should not follow the new Act". Rather, he argued that the new Act does not apply to expropriations begun before the Act was passed. For the reasons given above, I dismiss this argument in so far as it is based on s. 42 of the *Interpretation Act*. The fact that the Crown is not specifically mentioned in s. 55 and s. 148 should not have different effects depending on whether the expropriation was begun before or after the new Act came into effect.

2—Presumption that Vested Rights Not Affected

Appellant argued that the right which the government had under the *Code of Civil Procedure* to unilaterally discontinue was a vested right which could only be abolished by an express provision of the law.

In disposing of this argument, the Court of Appeal considered the question of whether the right was a substantive or merely a procedural one. The Court of Appeal concluded that the discontinuance was merely a matter of procedure. It held that since a rule of procedure applies to pending cases as soon as it comes into effect, the discontinuance had to be authorized by the Tribunal pursuant to s. 55.

Ces dispositions sont bien suffisantes et il n'était nullement nécessaire pour se conformer à l'art. 42 de la *Loi d'interprétation* de faire une mention spéciale de la Couronne à l'art. 55 ou à l'art. 148.

Je suis d'accord avec le juge Jacques de la Cour d'appel qui écrit, à la p. 434:

Donc, il est clair que la Couronne provinciale s'est elle-même soumise au régime d'expropriation de droit commun et qu'elle s'est, entre autres, soumise aux dispositions de l'article 55 de la loi.

D'ailleurs l'appelant ne prétend pas que la nouvelle loi, dont l'art. 55, ne s'applique pas à une expropriation commencée après que cette loi eut été mise en vigueur. C'est du moins ce que je crois comprendre lorsqu'il écrit: «Nous ne prétendons pas que pour [. . .] une expropriation commenc[ée] le 1^{er} avril 1976, la Couronne ne devrait pas suivre la nouvelle loi.» Il prétend plutôt que la nouvelle loi ne s'applique pas aux expropriations commencées avant que la Loi ait été passée. Pour les motifs exposés ci-dessus j'écarte cette prétention dans la mesure où elle est fondée sur l'art. 42 de la *Loi d'interprétation*. Le fait que la Couronne ne soit pas mentionnée spécifiquement à l'art. 55 et à l'art. 148 ne saurait avoir un effet différent suivant que l'expropriation a été commencée avant ou après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

2—La présomption voulant qu'on ne puisse porter atteinte aux droits acquis

L'appelant plaide que le droit qu'avait le gouvernement en vertu du *Code de procédure civile* de se désister unilatéralement constituait un droit acquis auquel il ne peut être porté atteinte que par une disposition expresse de la loi.

Pour disposer de ce moyen la Cour d'appel a examiné la question de savoir s'il s'agissait d'un droit substantif ou d'une simple procédure. La Cour d'appel a estimé que le désistement était une simple procédure. Puisque, dit-elle, une règle de procédure s'applique dès son entrée en vigueur aux causes pendantes, le désistement devait être autorisé par le Tribunal conformément à l'art. 55.

With respect, I will examine this question differently because that is not the position taken by the respondents, in this Court at least. Respondents did not argue that the discontinuance was merely a matter of procedure as against a substantive right. Their submission stated:

[TRANSLATION] The Court of Appeal took the position that the discontinuance was merely a matter of procedure. Under the old law, the Crown had the right to discontinue if it saw fit to do so. This right was abolished by the new Act and, like any other expropriated party, the Crown must first obtain the authorization of the Expropriation Tribunal. We submit that this was more than merely a readjustment of procedure. It ceases to be a question of form when the Expropriation Tribunal can reject a discontinuance.

In the past the Crown had an unlimited right. That right is now subject to authorization being given. To the extent that the Tribunal can reject a discontinuance or allow it subject to conditions, the legislative amendment in our view ceases to be purely a matter of form.

In my opinion the right which the Crown had to unilaterally discontinue, and which it had not exercised at the time the new Act came into effect, is not a vested right.

A vested right is one which exists and produces effects. That does not include a right which could have been exercised but was not, and which is no longer available under the law. The courts and scholarly commentators distinguish between a vested right and what they call either a possibility or an option.

Respondents submitted:

[TRANSLATION] In 1970 the Crown acquired only the right to expropriate the land of the mis en cause. As regards the option which it then had to unilaterally discontinue its expropriation, nothing was done to exercise such a right: the option remained merely a possibility.

I consider that the judgment of this Court in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, supports their argument.

In that case a business wished to deduct from its income for tax purposes expenses which it had incurred earlier, at a time when they could be

Avec égards, j'aborderai cette question d'une façon différente parce que ce n'est pas la position prise par les intimés, du moins devant cette Cour. Les intimés n'ont pas prétendu que le désistement était une simple procédure par opposition à un droit substantif. On peut lire dans leur mémoire:

La Cour d'appel a pris la position que le désistement est une pure question de procédure. Sous la loi ancienne, la Couronne avait la faculté de se désister selon son bon vouloir. Ce privilège a été aboli par la loi nouvelle et la Couronne, comme tous les autres expropriants, doit rechercher préalablement l'autorisation du Tribunal de l'expropriation. Nous soumettons qu'il y a là davantage qu'un pur réaménagement de procédure. Ce n'est plus une question de forme quand le tribunal de l'expropriation peut refuser un désistement.

Dans le passé, la Couronne avait un droit illimité. Dorénavant, ce droit est astreint à une permission. Dans la mesure où le Tribunal peut refuser le désistement ou le permettre conditionnellement, cette modification législative cesse, à notre avis, d'être de pure forme.

À mon avis, le droit qu'avait la Couronne de se désister unilatéralement et qu'elle n'a pas exercé au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ne constitue pas un droit acquis.

Un droit acquis est un droit qui est né et qui produit des effets. Cela ne comprend pas un droit dont on aurait pu se prévaloir mais dont on ne s'est pas prévalu et que la loi n'accorde plus. La jurisprudence et les auteurs distinguent entre un droit acquis et ce qu'ils appellent tantôt une expectative, tantôt une faculté.

Les intimés soumettent ceci:

En 1970, la Couronne avait acquis seulement le droit d'exproprier le terrain des mis en cause. Quant à la faculté qu'elle avait alors de se désister unilatéralement de son expropriation, ce droit n'a nullement été exercé: cette faculté n'étant qu'une simple expectative.

Je suis d'avis que l'arrêt de cette Cour *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, leur donne raison.

Dans cette affaire, une entreprise voulait déduire de ses revenus pour fins d'impôt des dépenses qu'elle avait encourues antérieurement, à

legally deducted. The amended legislation no longer allowed this.

Dickson J., as he then was, wrote for the majority at p. 282:

The rule is that a statute should not be given a construction that would impair existing rights as regards person or property unless the language in which it is couched requires such a construction: *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, at p. 638. The presumption that vested rights are not affected unless the intention of the legislature is clear applies whether the legislation is retrospective or prospective in operation.

Dickson J. went on, at pp. 282-83:

The burden of the argument on behalf of appellant is that appellant has a continuing and vested right to deduct exploration and drilling expenses incurred by it, yet it must be patent that the Income Tax Acts of 1960 and earlier years conferred no rights in respect of the 1965 and later taxation years.

The mere right existing in the members of the community or any class of them at the date of the repeal of a statute to take advantage of the repealed statute is not a right accrued: *Abbott v. Minister of Lands*, [1895] A.C. 425, at p. 431; *Western Leaseholds Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1961] C.T.C. 490 (Exch.); *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] 2 All E.R. 721 (P.C.).

Applying these principles to the case before the Court, it follows that appellant had no vested right to a unilateral discontinuance. After 1970 and until the new Act came into effect, he could have unilaterally discontinued. At the time appellant wished to discontinue, he had to seek the Tribunal's authorization.

This interpretation of the new Act must still not give it a retroactive effect not expressly authorized by the Act itself, and this leads me to the third point.

une époque où la loi permettait de les déduire. La loi modifiée ne le permettait plus.

^a Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, écrit au nom de la majorité, à la p. 282:

^b Selon la règle, une loi ne doit pas être interprétée de façon à porter atteinte aux droits existants relatifs aux personnes ou aux biens, sauf si le texte de cette loi exige une telle interprétation: *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, à la p. 638. La présomption selon laquelle une loi ne porte pas atteinte aux droits acquis à moins que la législature ait clairement manifesté l'intention contraire, s'applique ^c sans discrimination, que la loi ait une portée rétroactive ou qu'elle produise son effet dans l'avenir.

Le juge Dickson poursuit aux pp. 282 et 283:

^d L'appelante fonde son argumentation sur le fait qu'elle possède un droit acquis et continu de déduire dans le calcul de son revenu les dépenses de forage et d'exploration engagées par elle, alors qu'il est clair que la *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1960 et des années antérieures ^e n'accorde aucun droit à l'égard des années d'imposition 1965 et suivantes.

^f Le simple droit de se prévaloir d'un texte législatif abrogé, dont jouissent les membres de la communauté ou une catégorie d'entre eux à la date de l'abrogation d'une loi, ne peut être considéré comme un droit acquis: *Abbott v. Minister of Lands*, [1895] A.C. 425, à la p. 431; *Western Leaseholds Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1961] C.T.C. 490 (Exch.); *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, [1961] 2 All E.R. 721 (P.C.).

^h Appliquant ces principes à l'espèce il faut conclure que l'appelant n'avait pas de droit acquis au désistement unilatéral. À compter de 1970 et jusqu'à ce qu'entre en vigueur la nouvelle loi, il aurait pu se désister unilatéralement. Au moment où l'appelant a voulu se désister il devait obtenir ⁱ l'autorisation du tribunal.

^j Encore faut-il cependant que cette interprétation de la nouvelle loi ne consiste pas à lui donner un effet rétroactif que cette même loi n'autorise pas expressément. Ce qui m'amène au troisième point.

3—Presumption Against Retroactive Legislation

The presumption against retroactive legislation is stated as follows in *Gustavson Drilling, supra*, in which Dickson J. wrote at p. 279:

The general rule is that statutes are not to be construed as having retrospective operation unless such a construction is expressly or by necessary implication required by the language of the Act. An amending enactment may provide that it shall be deemed to have come into force on a date prior to its enactment or it may provide that it is to be operative with respect to transactions occurring prior to its enactment. In those instances the statute operates retrospectively.

Section 50 of the *Interpretation Act* reflects this principle:

50. No provision of law shall be declaratory or have a retroactive effect, by reason alone of its being enacted in the present tense.

A distinction must be made between the retroactivity of legislation and its immediate effect.

In *Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1965, Louis Baudouin writes at p. 197:

[TRANSLATION] New legislation cannot be applied either to immediate effects already produced or to those which, though occurring over an extended period of time since the legal situation was created, yet occurred before the date the legislation came into effect. Allowing this would give a clear retroactive effect to the new legislation.

On the other hand, the new legislation will apply to future effects arising out of these legal situations, which have not yet occurred at the time it came into effect.

In *The Interpretation of Legislation in Canada*, (1984), Pierre-André Côté writes at pp. 132-33:

A statute operates in the present when it governs events occurring after its commencement and before its death. According to Roubier, *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2d ed., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, "immediate and prospective application of the statute should be the rule: from the day of its commencement, the new statute applies to all future effects of both pending and future legal relations".

3—La présomption à l'encontre de la rétroactivité des lois

La présomption à l'encontre de la rétroactivité des lois est exprimée de la façon suivante dans *Gustavson Drilling*, précité, où le juge Dickson écrit à la p. 279:

Selon la règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation. Une disposition modificatrice peut prévoir qu'elle est censée être entrée en vigueur à une date antérieure à son adoption, ou qu'elle porte uniquement sur les transactions conclues avant son adoption. Dans ces deux cas, elle a un effet rétroactif.

L'article 50 de la *Loi d'interprétation* reflète ce principe.

50. Nulle disposition légale n'est déclaratoire ou n'a d'effet rétroactif pour la raison seule qu'elle est énoncée au présent du verbe.

Il faut distinguer entre la rétroactivité d'une loi et son application immédiate.

Dans *Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1965, Louis Baudouin écrit à la p. 197:

La loi nouvelle ne peut s'appliquer ni aux effets instantanés déjà produits, ni à ceux qui, échelonnés dans le temps depuis la création de la situation juridique, se sont produits avant la date de la mise en vigueur. L'admettre serait donner à la loi nouvelle un effet rétroactif certain.

Par contre, la loi nouvelle saisira les effets à venir attachés à ces situations juridiques et qui ne se sont pas encore produits avant sa mise en vigueur.

Pierre-André Côté dans *Interprétation des lois* (1982), écrit aux pp. 144 et 145:

La loi agit dans le présent lorsqu'elle prétend régir les faits survenus entre son entrée en vigueur et son terme. Selon Roubier, *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, note 27, p. 11, «l'effet immédiat de la loi doit être considéré comme la règle ordinaire: la loi nouvelle s'applique, dès sa promulgation, à tous les effets qui résultent dans l'avenir de rapports juridiques nés ou à naître.»

As a rule, a statute produces its effect in the present, governing events that take place between its commencement and its death. Saying that it produces its effect in the present and is of prospective application amounts to saying that it does not operate prior to its enactment, that is, that it is not retroactive. A second corollary is that the statute applying immediately in the present does not allow for the survival of previous legislation.

This principle is so obvious and self-explanatory that it rarely appears as such in the case law, but there are numerous examples of its application . . .

In *Gustavson Drilling, supra*, it was held that applying the new provisions of the *Income Tax Act* to the appellant in respect of expenses incurred before they came into effect was not giving them retroactive effect. Dickson J. wrote at pp. 279-80:

The effect, so far as appellant is concerned, is to deny for the future a right to deduct enjoyed in the past but the right is not affected as of a time prior to enactment of the amending statute.

Similarly, respondents submitted, s. 55 of the *Expropriation Act* is intended to remove for the future the right to file a unilateral discontinuance previously enjoyed by appellant. That section has no effect on the right in so far as it was exercised before s. 55 came into effect.

Respondents further cited ss. 41 and 49 of the *Interpretation Act*:

41. Every provision of a statute, whether such provision be mandatory, prohibitive or penal, shall be deemed to have for its object the remedying of some evil or the promotion of some good.

Such statute shall receive such fair, large and liberal construction as will ensure the attainment of its object and the carrying out of its provisions, according to their true intent, meaning and spirit.

49. The law is ever commanding; and whatever be the tense of the verb or verbs contained in a provision, such provision shall be deemed to be in force at all times and under all circumstances to which it may apply.

En principe, la loi exerce son effet dans le présent, c'est-à-dire qu'elle exerce son empire sur le temps qui s'écoule entre son entrée en vigueur et son terme. Dire qu'elle exerce son effet dans le présent, que son effet est immédiat, c'est également admettre qu'en principe elle n'agit pas dans le passé, elle n'est pas rétroactive. Et dire que la loi nouvelle a un effet immédiatement, c'est également affirmer que, dans le présent, elle ne souffre pas, en principe, la survie de la loi antérieure.

Le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle est tellement évident, il va tellement de soi, qu'on le trouve rarement formulé en jurisprudence, bien que les cas de son application y soient légion.

Dans *Gustavson Drilling*, précité, il fut décidé que d'appliquer les nouvelles dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'appelante relativement à des dépenses faites antérieurement à leur entrée en vigueur n'était pas leur donner un effet rétroactif. Le juge Dickson écrit aux pp. 279 et 280:

Pour autant que l'appelante soit concernée, cet article ne vise qu'à retirer pour l'avenir le droit de faire certaines déductions dont il était auparavant possible de tirer avantage; l'article n'a aucune incidence sur ce droit dans la mesure où il a été exercé à une date antérieure à l'adoption de la loi modificatrice.

De même, soutiennent les intimés, l'art. 55 de la *Loi sur l'expropriation* ne vise qu'à retirer pour l'avenir le droit de produire un désistement unilatéral dont l'appelant pouvait se prévaloir auparavant. Cet article n'a aucune incidence sur ce droit dans la mesure où il a été exercé avant l'entrée en vigueur de l'art. 55.

Les intimés invoquent en outre les art. 41 et 49 de la *Loi d'interprétation*:

41. Toute disposition d'une loi, qu'elle soit impérative, prohibitive ou pénale, est réputée avoir pour objet de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin.

49. La loi parle toujours; et, quel que soit le temps du verbe employé dans une disposition, cette disposition est tenue pour être en vigueur à toutes les époques et dans toutes les circonstances où elle peut s'appliquer.

Respondents submitted that the purpose of the new Act was to abolish the extraordinary privilege of the Crown to discontinue unilaterally. They wrote:

[TRANSLATION] The abuse which the new Act remedies is the fact that the Crown will now no longer be able to unilaterally discontinue an expropriation. Conversely, the advantage it confers on the expropriated party is that the Expropriation Tribunal will be able to protect his interests by controlling the cases in which the Crown discontinues an expropriation.

Thus, respondents argued, the new Act takes effect immediately.

Respondents' position is supported *inter alia* by the following two judgments of this Court: *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47, and *Bellechasse Hospital v. Pilotte*, [1975] 2 S.C.R. 454.

Acme Village School involved s. 157 of the *Alberta School Act* of 1931 which stated that, except in June of each year, no notice terminating the employment of a teacher could be given by a school board without the prior approval of an inspector. It was held that this provision applied to a notice given after the new Act came into effect with respect to a contract of employment entered into before it.

In *Bellechasse Hospital*, a board of directors refused to renew the appointment of Dr. Pilotte as a member of the medical staff as of July 31, 1969. The Board was in compliance with internal regulations and private agreements concluded between the parties which expired on July 31, 1969. However, it had not acted in accordance with the new government Regulations adopted pursuant to the *Hospitals Act*, R.S.Q. 1964, c. 164, which became effective on April 1, 1969. It was held that the new Regulations applied to all contracts, even those entered into before the Regulations came into effect, that the hospital's decision was a breach of those Regulations and that Dr. Pilotte had a good cause of action for damages. De Grandpré J. wrote for the Court at pp. 460-61:

As Lajoie J.A. points out, the objective of the *Hospitals Act* and the Regulations is clearly to "unify and

La nouvelle loi, soutiennent les intimés, a voulu éteindre le privilège extraordinaire de la Couronne de se désister unilatéralement. Ils écrivent:

^a L'abus auquel la loi nouvelle remédie, c'est le fait que la Couronne ne peut plus dorénavant se désister unilatéralement d'une expropriation. Réciproquement, l'avantage qu'elle procure à l'exproprié c'est que le Tribunal de l'expropriation, en contrôlant les cas où la Couronne se désistera d'une expropriation, pourra protéger les intérêts de l'exproprié.

Aussi, selon les intimés, la nouvelle loi prend-elle effet immédiatement.

^c La position des intimés est appuyée entre autres par les deux arrêts suivants de cette Cour, *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47, et *Hôpital Bellechasse c. Pilotte*, [1975] 2 R.C.S. 454.

^d Dans *Acme Village School* était en cause l'art. 157 de la *School Act*, 1931, de l'Alberta portant que, sauf en juin de chaque année, aucun avis mettant fin à l'emploi d'un professeur ne pourrait être donné par une commission scolaire sans l'autorisation préalable d'un inspecteur. Il a été décidé que cette disposition s'appliquait à un avis donné après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi à l'égard d'un contrat de travail conclu avant.

^e Dans l'affaire de l'*Hôpital Bellechasse*, le D^r Pilotte s'était vu refuser par le conseil d'administration le renouvellement de sa nomination comme membre du personnel médical à compter du 31 juillet 1969. Le conseil s'était conformé aux règlements internes et aux convention privées conclues entre les parties qui expiraient le 31 juillet 1969. Toutefois il ne s'était pas conformé aux nouveaux règlements du gouvernement adoptés en vertu de la *Loi des hôpitaux*, S.R.Q. 1964, chap. 164, et entrés en vigueur le 1^{er} avril 1969. Il fut décidé que les nouveaux règlements s'appliquaient à tous les contrats, même à ceux conclus antérieurement à l'entrée en vigueur des règlements, que la décision de l'hôpital violait ces règlements et que le recours en dommages du D^r Pilotte était bien fondé. Le juge de Grandpré écrit au nom de la Cour, aux pp. 460 et 461:

^f Comme le dit M. le Juge Lajoie, le but visé par la *Loi des hôpitaux* et par les règlements est clairement de

standardize organization, administration and operations of hospitals". That objective would not be attained if, after the Order in Council of April 1, 1969 came into effect, different dates were to apply to contractual relations between doctors and hospitals. On the contrary, after that date it was necessary, from the standpoint of discipline as much as of renewal of status, for a single, uniform rule to apply, namely that prescribed by the Regulations. Any other conclusion would necessarily result in recognizing the existence of variations which for an indefinite period would largely render inoperative the legislator's express decision to standardize this whole area of health services. This necessarily leads to two conclusions:

(1) after April 1, 1969 all suspension proceedings had to be in accordance with the provisions of the Regulations;

(2) also after that date, all contracts between doctors and hospitals were to be automatically extended to December 31, 1969, thus enabling the appointment procedure prescribed by the Regulations to be carried out.

I consider that as in *Gustavson Drilling, Acme Village School* and *Bellechasse Hospital* the case at bar is one in which the statute applies immediately and not retroactively and that s. 55 of the *Expropriation Act* required that, in order to discontinue, appellant should obtain the Tribunal's authorization.

4—Finding by Tribunal that 1979 Deed of Reconveyance is Invalid Because Contrary to Provisions of s. 55

Appellant raised a new ground in this Court. He objected particularly to the following passage from the Tribunal's decision:

[TRANSLATION] For all these reasons, the Tribunal concludes that the reconveyance deed filed with the Richelieu Registry Division at Sorel as No. 178745 and dated March 2, 1979 is invalid because it is contrary to the provisions of s. 55 of the *Expropriation Act*.

Appellant contended that the Tribunal lacked jurisdiction to rule on the validity of the registration of reconveyance notices, and that so long as these remained in the registry office the Tribunal had no jurisdiction to determine indemnities. It is true to say that the Tribunal's finding can have no

«uniformiser et normaliser l'organisation des hôpitaux, leur administration et leurs opérations». Ce but ne serait pas atteint si, à compter de l'entrée en vigueur de l'arrêté-en-conseil du 1^{er} avril 1969, des dates différentes devaient s'appliquer aux relations contractuelles entre les médecins et les hôpitaux. Au contraire, à compter de cette date, il fallait, tant au point de vue disciplinaire qu'au point de vue renouvellement de statut, qu'une seule et même règle s'applique, savoir celle prescrite par les règlements. Toute autre conclusion nous amènerait nécessairement à reconnaître l'existence de variantes qui, pour un temps indéfini, rendraient en partie inopérante la décision formelle du législateur de normaliser tout ce secteur de l'activité des services de santé. La conclusion nécessaire est donc double:

1. à compter du 1^{er} avril 1969, toutes les procédures en suspension doivent être conformes aux prescriptions des règlements;

2. à compter de cette même date, tous les contrats entre médecins et hôpitaux doivent être prolongés automatiquement jusqu'au 31 décembre 1969, permettant ainsi la mise en application de la procédure de nomination prescrite par les règlements.

Je suis d'avis que comme dans *Gustavson Drilling, Acme Village School* et *Hôpital Bellechasse* il s'agit en l'espèce d'un cas d'application immédiate et non pas rétroactive de la loi et que l'art. 55 de la *Loi sur l'expropriation* exigeait que l'appellant, pour se désister, obtienne l'autorisation du tribunal.

4—La déclaration par le Tribunal que l'Acte de rétrocession de 1979 est sans effet parce qu'il va à l'encontre des dispositions de l'art. 55

Devant cette Cour l'appellant a soulevé un nouveau moyen. Il s'en est pris de façon particulière au passage suivant de la décision du Tribunal:

Pour toutes ces raisons, le Tribunal conclut que l'acte de rétrocession, produit à la Division d'Enregistrement de Richelieu à Sorel sous le numéro 178745 et en date du 2 mars 1979, est sans effet parce qu'il va à l'encontre des dispositions de l'article 55 de la *Loi sur l'expropriation*.

L'appellant fait valoir que le Tribunal n'avait pas la compétence pour se prononcer sur la validité de l'enregistrement des avis de rétrocession et que tant que ceux-ci demeurent au bureau d'enregistrement, le Tribunal est sans compétence pour fixer des indemnités. Il est juste de dire que la

effect on registrations: that is not within its jurisdiction; but the Tribunal did not purport to exercise such jurisdiction. It did not direct that the deed should be struck out, and this will have to be done if necessary at the request of appellant or by an order of a competent tribunal. The passage cited above is only a means of expressing the finding of the Expropriation Tribunal. It simply held, correctly, that s. 55 was applicable to an expropriation dating from before it came into effect.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Roy, Poulin & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondents: Martineau, Walker, Montréal.

déclaration du Tribunal ne peut avoir aucun effet sur les enregistrements. Cela n'est pas de sa compétence. Mais le Tribunal n'a pas prétendu exercer pareille compétence. Il n'a pas ordonné la radiation qui devra, le cas échéant, être effectuée soit à l'initiative de l'appelant, soit par ordonnance du tribunal compétent. Le passage précité n'est qu'une façon pour le Tribunal de l'expropriation de s'exprimer. Il a simplement décidé, avec raison, que l'art. 55 était applicable à une expropriation antérieure à son entrée en vigueur.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Roy, Poulin & Associés, Montréal.

Procureurs des intimés: Martineau, Walker, Montréal.

**Robert Hannes Nelson, Doris Merrill Nelson
and Nationwide Auto Leasing Ltd.**

Appellants;

and

C.T.C. Mortgage Corporation *Respondent.*

File No.: 19173.

1986: May 22; 1986: June 12.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and
Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Mortgage — Interest — Method of calculation —
Whether the interest rate payable on the mortgage was
a “criminal interest rate” — Criminal Code, R.S.C.
1970, c. C-34, s. 305.1 [en. 1980-81-82-83, c. 43, s. 9].*

*Criminal law — Mortgage — Criminal interest rate
— Whether the interest rate on the mortgage violated s.
305.1 of the Criminal Code.*

APPEAL from a judgment of the British
Columbia Court of Appeal (1984), 16 D.L.R.
(4th) 139, 59 B.C.L.R. 221, [1985] 2 W.W.R.
560, dismissing appellants' appeal from a judg-
ment of MacDonell J., dismissing appellants' claim
against respondent alleging that the mortgage
agreement was void because it charged a criminal
rate of interest contrary to s. 305.1 of the *Criminal
Code*. Appeal dismissed.

D. W. Welder, for the appellants.

T. R. Braidwood, Q.C., for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We agree in substance with the
majority reasons of the British Columbia Court of
Appeal.

The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

*Solicitor for the appellants: D. W. Welder,
Kelowna.*

*Solicitors for the respondent: T. R. Braidwood
and E. D. Crossin, Vancouver.*

**Robert Hannes Nelson, Doris Merrill Nelson
et Nationwide Auto Leasing Ltd.** *Appellants;*

^a et

C.T.C. Mortgage Corporation *Intimée.*

N° du greffe: 19173.

1986: 22 mai; 1986: 12 juin.

^b Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer
et Wilson.

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

^c *Hypothèques — Intérêts — Méthode de calcul — Le
taux d'intérêt applicable à l'hypothèque était-il un
«taux d'intérêt criminel»? — Code criminel, S.R.C.
1970, chap. C-34, art. 305.1 [aj. 1980-81-82-83, chap.
^d 43, art. 9].*

*Droit criminel — Hypothèques — Taux d'intérêt
criminel — Le taux d'intérêt applicable à l'hypothèque
constituait-il une infraction à l'art. 305.1 du Code
criminel?*

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel
de la Colombie-Britannique (1984), 16 D.L.R.
(4th) 139, 59 B.C.L.R. 221, [1985] 2 W.W.R.
560, qui a rejeté l'appel interjeté par les appellants
contre un jugement du juge MacDonell qui avait
rejeté l'action intentée contre l'intimée par les
appellants qui prétendaient que le contrat hypothé-
caire était nul parce qu'il imposait un taux d'inté-
rêt criminel contrairement à l'art. 305.1 du *Code
criminel*. Pourvoi rejeté.

D. W. Welder, pour les appellants.

T. R. Braidwood, c.r., pour l'intimée.

^h Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Nous sommes pour l'essentiel d'ac-
cord avec les motifs majoritaires de la Cour d'ap-
pel de la Colombie-Britannique.

ⁱ Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

^j *Procureur des appellants: D. W. Welder,
Kelowna.*

*Procureurs de l'intimée: T. R. Braidwood et
E. D. Crossin, Vancouver.*

Robert Boucher *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17333.

1986: June 19.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Sentencing — Use of firearm during commission of offence — Whether penalties imposed under s. 83 of the Criminal Code to be served consecutively — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 83.

Cases Cited

R. v. MacLean (1979), 49 C.C.C. (2d) 552, applied.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 83 [rep. & subs. 1976-77 (Can.), c. 53, s. 3].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal¹, which affirmed the judgment on sentencing rendered by a judge of the Court of Sessions of the Peace². Appeal dismissed.

Josée Ferrari, for the appellant.

Esthel Gravel and *Rolande Matte*, for the respondent.

English version of the judgment delivered orally by

THE COURT—It will not be necessary to hear from you, Ms. Gravel and Ms. Matte.

We are all of the view that this appeal should be dismissed. There is no ambiguity in either the English or the French version of s. 83 of the *Criminal Code*, in our view, and we essentially agree with the interpretation the Nova Scotia

¹ Mtl. C.A., No. 500-10-000019-842, April 6, 1984.

² Mtl. S.P., No. 500-01-011529-838 and No. 500-01-12350-838, December 19, 1983.

Robert Boucher *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° du greffe: 17333.

1986: 19 juin.

^b Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c *Droit criminel — Sentence — Usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction — Les peines imposées en vertu de l'art. 83 du Code criminel doivent-elles être purgées consécutivement entre elles? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 83.*

^d **Jurisprudence**

Arrêt appliqué: *R. v. MacLean* (1979), 49 C.C.C. (2d) 552.

^e **Lois et règlements cités**

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 83 [abr. & rempl. 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 3].

^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹, qui a confirmé le jugement sur sentence rendu par un juge de la Cour des sessions de la paix². Pourvoi rejeté.

Josée Ferrari, pour l'appelant.

^g *Esthel Gravel* et *Rolande Matte*, pour l'intimée.

^h Le jugement suivant a été prononcé oralement par

LA COUR—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Gravel et M^e Matte.

ⁱ Nous sommes tous d'opinion que ce pourvoi doit être rejeté. Le texte anglais et le texte français de l'art. 83 du *Code criminel* ne comportent pas d'ambiguïté à notre avis et, pour l'essentiel, nous sommes d'accord avec l'interprétation que la Cour

¹ C.A. Mtl., n° 500-10-000019-842, 6 avril 1984.

² C.S.P. Mtl., n° 500-01-011529-838 et n° 500-01-12350-838, 19 décembre 1983.

Court of Appeal gave this section in *R. v MacLean* (1979), 49 C.C.C. (2d) 552.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Josée Ferrari, Montréal.

Solicitor for the respondent: Esthel Gravel, Montréal.

d'appel de la Nouvelle-Écosse donne à cet article dans *R. v. MacLean* (1979), 49 C.C.C. (2d) 552.

Le pourvoi est rejeté.

^a *Jugement en conséquence.*

Procureur de l'appelant: Josée Ferrari, Montréal.

^b *Procureur de l'intimée: Esthel Gravel, Montréal.*

ITO—International Terminal Operators Ltd. *Appellant*;

and

Miida Electronics Inc. *Respondent*;

and

Mitsui O.S.K. Lines Ltd. *Respondent*;

and between

Miida Electronics Inc. *Appellant*;

and

Mitsui O.S.K. Lines Ltd. *Respondent*;

and

ITO—International Terminal Operators Ltd. *Respondent*.

File Nos.: 16674, 16680.

1984: October 2, 3; 1986: June 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Maritime law — Contract — Bill of lading — Exemption of liability clauses — Himalaya clause extending exemption from carrier to stevedore — Goods stolen after delivery to warehouse — Whether or not Himalaya clause effective in extending exemption.

Maritime law — Scope of maritime law — Port warehouse left unsecured and goods stolen — Whether maritime law including common law concept of negligence or whether Civil Code of Quebec incorporated into Canadian maritime law for cases arising in Quebec — Civil Code, arts. 1029, 1053.

Courts — Jurisdiction — Federal Court — Maritime law — Land-based tort with respect to recently unloaded goods — Short-term storage — Whether or not action within jurisdiction of Federal Court — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22(1), (2), 42 — The Admiralty Act, 1934, 1934 (Can.), c. 31, s. 18(1), (2), (3) — The Admiralty Act, 1891, 1891 (Can.), c. 29, s. 4.

ITO—International Terminal Operators Ltd. *Appelante*;

et

^a **Miida Electronics Inc.** *Intimée*;

et

Mitsui O.S.K. Lines Ltd. *Intimée*;

^b et entre

Miida Electronics Inc. *Appelante*;

et

^c **Mitsui O.S.K. Lines Ltd.** *Intimée*;

et

^d **ITO—International Terminal Operators Ltd.** *Intimée*.

N^{os} du greffe: 16674, 16680.

1984: 2, 3 octobre; 1986: 26 juin.

^e Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

^f

Droit maritime — Contrat — Connaissement — Clauses de non-responsabilité — Clause Himalaya étendant la non-responsabilité du transporteur au manutentionnaire — Vol de la marchandise après livraison à l'entrepôt — La clause Himalaya a-t-elle pour effet d'étendre l'exemption?

Droit maritime — Champ d'application du droit maritime — Entrepôt portuaire sans surveillance et marchandise volée — Le droit maritime inclut-il la notion de négligence de la common law ou le Code civil du Québec est-il incorporé dans le droit maritime canadien pour les affaires d'origine québécoise? — Code civil, art. 1029, 1053.

Tribunaux — Compétence — Cour fédérale — Droit maritime — Délit terrestre concernant la marchandise récemment débarquée — Entreposage à court terme — L'action relève-t-elle de la compétence de la Cour fédérale? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 2, 22(1), (2), 42 — Loi d'Amirauté, 1934, 1934 (Can.), chap. 31, art. 18(1), (2), (3) — Acte de l'Amirauté, 1891, 1891 (Can.), chap. 29, art. 4.

Respondent Mitsui O.S.K. Lines Ltd. carried electronic calculators by sea from Japan to Montreal for respondent Miida Electronics Inc. Mitsui arranged for the goods, on arrival, to be picked up and stored at the port on a short term basis by ITO — International Terminal Operators, a stevedoring company and terminal operator. Many cartons of calculators were stolen from ITO's shed. The bill of lading contained a Himalaya clause by which the carrier Mitsui sought to extend limitation of liability to those it employed in performance of the contract of carriage. The contract between Mitsui and ITO expressly stated that the stevedoring company was to be an express beneficiary of all limitation of liability provisions in its bills of lading. The Federal Court Trial Division dismissed Miida's action against both Mitsui and ITO but the Court of Appeal allowed Miida's appeal against ITO and dismissed its appeal against Mitsui. Both Miida and ITO appealed to this Court. At issue were: (1) the general question of the jurisdiction of the Federal Court in Admiralty and the extent of Canadian maritime law; (2) the effect of the Himalaya clause in the bill of lading.

Held: The appeal by ITO — International Terminal Operators Ltd. against the judgment in favour of Miida Electronics Inc. should be allowed and the appeal by Miida Electronics Inc. against the dismissal of its action against Mitsui O.S.K. Lines Ltd. should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Estey, McIntyre and Wilson J.J.: The Federal Court has jurisdiction to entertain the claims of Miida against both Mitsui and ITO.

Jurisdiction in the Federal Court depends on there being: (1) a statutory grant of jurisdiction by Parliament; (2) an existing body of federal law, essential to the disposition of the case, which nourishes the statutory grant of jurisdiction; and (3) law underlying the case falling within the scope of the term "a law of Canada" used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. The first requirement was met by s. 22(1) of the *Federal Court Act*. The second requirement was met in that Canadian maritime law is an existing federal body of law which was essential to the disposition of the case and which nourished the grant of jurisdiction to the Federal Court. The third requirement was met because Canadian maritime law and other laws dealing with navigation and

L'intimée Mitsui O.S.K. Lines Ltd. a transporté par mer des calculatrices électroniques du Japon à Montréal pour l'intimée Miida Electronics Inc. Mitsui s'est organisée pour que les marchandises à leur arrivée soient prises en charge et entreposées au port à court terme par ITO—International Terminal Operators, une compagnie de manutention et d'acconnage. Plusieurs cartons contenant des calculatrices ont été volés dans le hangar d'ITO. Le connaissement comporte des clauses de non-responsabilité ainsi qu'une clause Himalaya par laquelle le transporteur Mitsui prétend étendre cette limitation de responsabilité à ceux qu'il emploie dans l'exécution de son contrat de transport. Le contrat intervenu entre Mitsui et ITO stipule expressément que le manutentionnaire devait être le bénéficiaire exprès de toutes les clauses de non-responsabilité contenues dans son connaissement. La Division de première instance de la Cour fédérale a rejeté l'action que Miida avait intentée tant contre Mitsui qu'ITO, mais la Cour d'appel a fait droit à l'appel que Miida avait interjeté contre ITO et rejeté son appel contre Mitsui. Tant Miida qu'ITO se pourvoient devant cette Cour. Sont en cause: (1) la question générale de la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté et l'étendue du droit maritime canadien; (2) l'effet de la clause Himalaya du connaissement.

Arrêt: Le pourvoi d'ITO—International Terminal Operators Ltd. contre l'arrêt rendu en faveur de Miida Electronics Inc. est accueilli et le pourvoi de Miida Electronics Inc. contre le rejet de son action intentée contre Mitsui O.S.K. Lines Ltd. est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, et Wilson: La Cour fédérale a compétence pour entendre les demandes intentées par Miida tant contre Mitsui qu'ITO.

La compétence de la Cour fédérale est fonction: (1) d'une attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral; (2) de l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence; et (3) la loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où l'expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* satisfait à la première condition. La deuxième condition est remplie car le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales existantes, essentiel à la solution de l'espèce et sur lequel se fonde la compétence attribuée à la Cour fédérale. La troisième condition est aussi

shipping come within s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, thus confirming legislative competence.

“Canadian maritime law” is defined in s. 2 of the *Federal Court Act* as including law (1) that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute, or (2) that would have been so administered if that Court had unlimited jurisdiction on its Admiralty side in relation to maritime and admiralty matters. The term therefore includes all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934 as such law may, from time to time, have been amended by Parliament and as it has developed through judicial precedent to date. The second part of the definition was adopted to ensure that Canadian maritime law would include unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. While the historical jurisdiction of the Admiralty courts might be significant in determining whether a particular matter was within the definition of Canadian maritime law, the definition of maritime and admiralty matters is not restricted to those claims fitting within the historical limits. Maritime and admiralty matters are to be interpreted within the modern context of shipping and commerce rather than being frozen as of 1934. In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*.

The maritime nature of this case depends on (1) the proximity of the terminal operation to the sea, (2) the connection between terminal operator's activities and contract of carriage by sea, and (3) the fact that the storage at issue was short-term pending final delivery carried out by the terminal operator and within the area of the port.

Canadian maritime law as adopted in Canada historically and as finally brought into Canadian law by s. 2 of the *Federal Court Act* includes common law principles as they are applied in Admiralty matters—they are not an incidental application of provincial law. The common law principles of negligence and bailment are a part of Canadian maritime law as adopted from England.

Contractual provisions extending limitations of liability to third parties, known as Himalaya clauses, are recognized as a permissible feature of Canadian maritime law. Both Mitsui and ITO are entitled to the protection of the exclusion clauses in the bill of lading

remplie puisque le droit maritime canadien et les autres lois qui portent sur la navigation et les expéditions par eau relèvent du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, confirmant ainsi la compétence législative fédérale.

Le «droit maritime canadien» est défini à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et comprend le droit (1) dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi, ou (2) qui en aurait relevé si cette cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. L'expression «droit maritime canadien» comprend donc tout cet ensemble de règles de droit appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d'amirauté, qui peuvent avoir été, à l'occasion, modifiées par le Parlement fédéral et qui se sont développées jusqu'à ce jour au gré des précédents judiciaires. La seconde partie de la définition a été adoptée afin d'assurer que le droit maritime canadien comprendrait une compétence illimitée en matière d'affaires maritimes et d'amirauté. Bien que la compétence historique des cours d'amirauté soit importante pour déterminer si une demande particulière relève de la définition de droit maritime canadien, la définition d'affaires maritimes et d'amirauté n'est pas limitée aux seules demandes qui cadrent dans ces limites historiques. Les affaires maritimes et d'amirauté doivent être interprétées dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau, et non pas considérées comme figées en 1934. En réalité, le champ du droit maritime canadien n'est limité que par le partage constitutionnel des pouvoirs établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La nature maritime de l'espèce est fonction: (1) de la proximité des activités d'acconage par rapport à la mer, (2) du rapport entre les activités de l'acconier et le contrat de transport maritime, et (3) du fait qu'il s'agit ici d'un entreposage à court terme à l'intérieur de la zone portuaire, en attendant la livraison finale par l'acconier.

Le droit maritime canadien, tel qu'adopté historiquement au Canada, puis finalement incorporé au droit canadien par l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, inclut les principes de *common law* qui s'appliquent en matière d'amirauté—il ne s'agit pas d'une application accessoire du droit provincial. Les principes de la *common law* en matière de négligence et de dépôt font partie du droit maritime canadien emprunté à l'Angleterre.

Les stipulations contractuelles qui étendent les limitations de responsabilité à des tiers, connues sous le vocable de clauses Himalaya, sont reconnues et autorisées par le droit maritime canadien. ITO et Mitsui ont toutes deux droit à la protection des clauses de non-responsabi-

because the requirements for establishing the necessary link between the stevedore and the consignee to give the element of privity were met here.

Even though the exempting provision relieving ITO and Mitsui of liability in any capacity did not specifically mention negligence, the exemption clause, considered in the context of the whole contract, was wide enough to include the warehouseman's negligence as being within the reasonable contemplation of the parties.

Per Beetz, Chouinard and Lamer JJ.: The appeal of Miida Electronics Inc. against Mitsui O.S.K. Lines Ltd. should be dismissed for the reasons given by McIntyre J. and the appeal of ITO—International Terminal Operators Ltd. against Miida Electronics Inc. should be allowed for the reasons of Pratte J.A., dissenting, in the Federal Court of Appeal. The action of Miida against ITO was purely delictual. Such a tort or delict, committed in Montreal, falls within the jurisdiction of the civil courts of Quebec, and not that of the Federal Court.

Cases Cited

By McIntyre J.

Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd., [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The "Eurymedon")*, [1975] A.C. 154, applied; *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] S.C.R. 144; *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The "New York Star")*, [1980] 2 Lloyd's Rep. 317, reversing [1979] 1 Lloyd's Rep. 298; *Alderslade v. Hendon Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189; *Lampport & Holt Lines Ltd. v. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd. (The "Raphael")*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42, considered; *Domestic Converters Corp. v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211, 46 N.R. 195; *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 F.C. 675, 77 D.L.R. (3d) 241; *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 S.C.R. 157; *"Yuri Maru" (The), The "Woron"*, [1927] A.C. 906; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co.*, [1969] 2 Ex. C.R. 375; *Toronto Harbour Commissioners v. The "Robert C. Norton"*, [1964] Ex. C.R. 498; *De Lovio v. Boit* (1815), 2 Gall. 398; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529; *"Cuba" (The) v. McMillan* (1896), 26 S.C.R. 651; *"Winkfield" (The)*, [1902] P. 42; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363; *Associated Metals and Minerals Corp. v. The "Evie W"*, [1978] 2 F.C. 710; *Kellogg Co. v. Kellogg*, [1941] S.C.R. 242; *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Canadian General Electric Co. v.*

lité du connaissance parce que les conditions nécessaires à l'établissement du lien requis entre le manutentionnaire et le destinataire pour créer le lien contractuel étaient remplies.

- a Même si la stipulation de non-responsabilité jouant en faveur d'ITO et de Mitsui, en quelque qualité qu'elles aient agi, ne mentionnait pas expressément la négligence, la clause de non-responsabilité, à la lumière de l'ensemble du contrat, était suffisamment large pour que
b les parties aient raisonnablement prévu d'y inclure la négligence du dépositaire.

Les juges Beetz, Chouinard et Lamer: Le pourvoi de Miida Electronics Inc. contre Mitsui O.S.K. Lines Ltd. est rejeté pour les motifs exposés par le juge McIntyre et le pourvoi d'ITO—International Terminal Operators Ltd. contre Miida Electronics Inc. est accueilli conformément aux motifs exposés par le juge Pratte, dissident, en Cour d'appel fédérale. L'action de Miida contre ITO est purement délictuelle. Un tel délit commis à Montréal relève de la compétence des tribunaux civils du Québec et non de celle de la Cour fédérale.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

- e Arrêts appliqués: *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacific Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The "Eurymedon")*, [1975] A.C. 154; f arrêts examinés: *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144; *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The "New York Star")*, [1980] 2 Lloyd's Rep. 317, infirmant [1979] 1 Lloyd's Rep. 298; *Alderslade v. Hendon Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189; *Lampport & Holt Lines Ltd. v. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd. (The "Raphael")*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42; g arrêts mentionnés: *Domestic Converters Corp. c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211, 46 N.R. 195; *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 C.F. 675, 77 D.L.R. (3d) 241; *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 R.C.S. 157; *"Yuri Maru" (The), The "Woron"*, [1927] A.C. 906; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co.*, [1969] 2 R.C. de l'É. 375; *Toronto Harbour Commissioners v. The "Robert C. Norton"*, [1964] R.C. de l'É. 498; *De Lovio v. Boit* (1815), 2 Gall. 398; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529; *"Cuba" (The) v. McMillan* (1896), 26 R.C.S. 651; *"Winkfield" (The)*, [1902] P. 42; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363; *Associated Metals and Minerals Corp. c. L' "Evie W"*, [1978] 2 C.F. 710; *Kellogg Co. v. Kellogg*, [1941] R.C.S. 242; *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*,

Pickford & Black Ltd., [1971] S.C.R. 41; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie*, [1980] 2 S.C.R. 228; *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, [1952] A.C. 192; *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 193; *Hollier v. Rambler Motors (AMC) Ltd.*, [1972] 1 All E.R. 399; *Rutter v. Palmer*, [1922] 2 K.B. 87; *Smith v. South Wales Switchgear Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 18, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Admiralty Act, 1891, 1891 (Can.), c. 29, s. 4.
Admiralty Act, 1934, 1934 (Can.), c. 31, s. 18(1), (2), (3).
Bills of Lading Act, R.S.C. 1970, c. B-6, s. 2.
Civil Code, arts. 1029, 1053.
Colonial Courts of Admiralty Act, 1890 (Imp.), 53 & 54 Vict., c. 27.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 101, 129.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22(1), (2), 31(2), 42.
Statute of Westminster, R.S.C. 1970, Appendix II, No. 26.

Authors Cited

Carver, Thomas Gilbert. *Carver's Carriage By Sea*, 2 vols., 13th ed. by Raoul Colinvaux, London, Stevens, 1982.
 Castel, Jean-Gabriel. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1986.
 Clarke, Philip H. "The Reception of The Eurymedon Decision in Australia, Canada and New Zealand" (1980), 29 *Int'l and Comp. L.Q.* 132.
 Dawson, Francis. "Himalaya Clauses, Consideration and Privity of Contract" (1975), 6 *N.Z.U.L.R.* 161.
 Mayers, Edward Courtenay. *Admiralty Law and Practice in Canada*, Toronto, Carswells, 1916.
 Tedeschi, Mark. "Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd." (1981), 55 *A.L.J.* 876.
 Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1978.
 Waddams, S. M., *Comments* (1977), 55 *Can. Bar Rev.*, 327.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1982] 1 F.C. 406, allowing the appeal of Miida Electronics Inc., as against respondent ITO—International Terminal Operators Ltd. and dismissing its appeal, as against Mitsui O.S.K. Lines Ltd., from a judgment of Marceau J. dismissing its action against both defendants. Appeal by ITO—International Terminal Operators Ltd.

[1962] A.C. 446; *Canadian General Electric Co. c. Pickford & Black Ltd.*, [1971] R.C.S. 41; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228; *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, [1952] A.C. 192; *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 193; *Hollier v. Rambler Motors (AMC) Ltd.*, [1972] 1 All E.R. 399; *Rutter v. Palmer*, [1922] 2 K.B. 87; *Smith v. South Wales Switchgear Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 18.

^b Lois et règlements cités

Acte de l'Amirauté, 1891, 1891 (Can.), chap. 29, art. 4.
Code civil, art. 1029, 1053.
Colonial Courts of Admiralty Act, 1890 (Imp.), 53 & 54 Vict., chap. 27.
^c *Loi d'Amirauté, 1934*, 1934 (Can.), chap. 31, art. 18(1), (2), (3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 101, 129.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. (2^e Supp.), chap. 10, art. 2, 22(1), (2), 31(2), 42.
^d *Loi sur les connaissements*, S.R.C. 1970, chap. B-6, art. 2.
Statut de Westminster, S.R.C. 1970, appendice II, n^o 26.

Doctrine citée

^e Carver, Thomas Gilbert. *Carver's Carriage By Sea*, 2 vols., 13th ed. by Raoul Colinvaux, London, Stevens, 1982.
 Castel, Jean-Gabriel. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1986.
^f Clarke, Philip H. «The Reception of The Eurymedon Decision in Australia, Canada and New Zealand» (1980), 29 *Int'l and Comp. L.Q.* 132.
 Dawson, Francis. «Himalaya Clauses, Consideration and Privity of Contract» (1975), 6 *N.Z.U.L.R.* 161.
^g Mayers, Edward Courtenay. *Admiralty Law and Practice in Canada*, Toronto, Carswells, 1916.
 Tedeschi, Mark. «Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd.» (1981), 55 *A.L.J.* 876.
^h Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1978.
 Waddams, S. M., *Commentaires* (1977), 55 *R. du B. can.* 327.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1982] 1 C.F. 406, qui a accueilli l'appel interjeté par Miida Electronics Inc. contre l'intimée ITO—International Terminal Operators Ltd. et rejeté l'appel que celle-ci avait interjeté contre Mitsui O.S.K. Lines Ltd. contre le jugement du juge Marceau qui rejetait son action intentée contre les deux défenderesses. Pourvoi d'ITO—

against the judgment of Miida Electronics Inc. allowed; appeal by Miida Electronics Inc. against the dismissal of its action against Mitsui O.S.K. Lines Ltd. dismissed.

David Marler and J. Kenrick Sproule, for ITO—International Terminal Operators Ltd.

Marc Nadon, for Miida Electronics Inc.

Trevor Bishop and Robert Cypihot, for Mitsui O.S.K. Lines Ltd.

The judgment of Dickson C.J. and Estey, McIntyre and Wilson JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal involves consideration of various issues concerning Canadian maritime law and the jurisdiction of the Federal Court of Canada to hear and determine a claim for damages for the negligence of a terminal operator in Montreal, and the question of how far an exoneration clause in a bill of lading can extend to benefit third parties, in other words, the validity of what has become known as the Himalaya clause in bills of lading.

The respondent, Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (Mitsui), a marine carrier, agreed in a contract evidenced by a bill of lading to carry 250 cartons of electronic calculators from Japan to Montreal where the respondent, Miida Electronics Inc. (Miida), the other party to the contract and owner and consignee of the electronic calculators, could take delivery. The goods arrived in Montreal on September 10, 1973 and were picked up by the appellant, ITO—International Terminal Operators Ltd. (ITO), a cargo-handling or stevedoring company and terminal operator. ITO had agreed with Mitsui to unload and store the goods until delivery was made to Miida. On September 14, 1973, thieves broke into the terminal transit shed which was operated by ITO and where the goods were stored. One hundred and sixty-nine of the cartons were stolen.

In the ordinary course of events two security guards, employees of a security service employed by ITO, made rounds of ITO's sheds every two hours after 5:30 p.m. Due to the fact that one of

International Terminal Operators Ltd. contre l'arrêt rendu en faveur de Miida Electronics Inc., accueilli; pourvoi de Miida Electronics Inc. contre le rejet de son action intentée contre Mitsui O.S.K. Lines Ltd., rejeté.

David Marler et J. Kenrick Sproule, pour ITO—International Terminal Operators Ltd.

Marc Nadon, pour Miida Electronics Inc.

Trevor Bishop et Robert Cypihot, pour Mitsui O.S.K. Lines Ltd.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Estey, McIntyre et Wilson rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi met en cause diverses questions concernant le droit maritime canadien et la compétence de la Cour fédérale du Canada pour instruire une action en dommages-intérêts pour négligence d'un acconier de Montréal, et le point de savoir dans quelle mesure une clause de non-responsabilité du connaissement peut profiter aux tiers, en d'autres mots, la validité de ce qui est devenu connu sous le nom de clause Himalaya dans les connaissements.

L'intimée, Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (Mitsui), un transporteur maritime, a convenu par contrat, constaté par un connaissement, de transporter 250 cartons de calculatrices électroniques du Japon à Montréal où l'intimée, Miida Electronics Inc. (Miida), l'autre partie au contrat et propriétaire et destinataire des calculatrices électroniques, pourrait en prendre livraison. La marchandise est arrivée à Montréal le 10 septembre 1973 où elle a été prise en charge par l'appelante, ITO—International Terminal Operators Ltd. (ITO), une compagnie de manutention et d'acconage. ITO avait convenu avec Mitsui de décharger et d'entreposer la marchandise jusqu'à sa livraison à Miida. Le 14 septembre 1973, des voleurs ont pénétré par effraction dans le hangar de transit exploité par ITO, où la marchandise avait été entreposée. Cent soixante-neuf cartons ont été volés.

Normalement deux gardiens de sécurité, employés par l'agence dont ITO avait retenu les services, effectuaient des rondes dans les hangars d'ITO toutes les deux heures, après 17 h 30. Mais

the guards had been delayed at another shed on that occasion, no security check was made at the shed where the goods were stored until 10:30 p.m. The arrival of the guard interrupted the thieves. They fled and have not been apprehended. A padlock, which normally locked the door by securing the two sections of a chain to a ring in the wall, had not been attached. As a result, several feet of slack chain had been left. This fact would in all probability have been discovered if the 7:30 p.m. inspection by the security guard had taken place. The thieves had gained access to the shed by cutting a hole in the wall and pulling the slack, unsecured chain, which operated the door, permitting entry.

The bill of lading contained limitation of liability clauses in clause 8 and clause 18 and as well a Himalaya clause in clause 4, by which the carrier, Mitsui, sought to extend limitation of liability to those it employed in the performance of the contract of carriage. The clauses are set out hereunder.

4. It is expressly agreed between the parties hereto that the master, officers, crew members, contractors, stevedores, longshoremen, agents, representatives, employees or others used, engaged or employed by the carrier in the performance of this contract, shall each be the beneficiaries of and shall be entitled to the same, but no further exemptions and immunities from and limitations of liability which the carrier has under this bill of lading whether printed, written, stamped thereon or incorporated by reference. The master, officers, crew members and the other persons referred to heretofore shall to the extent provided be or be deemed to be parties to the contract in or evidenced by this bill of lading and the carrier is or shall be deemed to be acting as agent or trustee on behalf of and for the benefit of all such persons.

8. The carrier shall not be liable in any capacity whatsoever for any delay, non-delivery, misdelivery or loss of or damage to or in connection with the goods occurring before loading and/or after discharge, whether awaiting shipment landed or stored or put into craft, barge, lighter or otherwise belonging to the carrier or not or pending transshipment at any stage of the whole transportation. "Loading" provided in this bill of lading shall commence with the hooking on of the vessel's tackle or, if not using the vessel's tackle, with the receipt

comme l'un des gardiens avait été retenu à un autre hangar à cette occasion, aucune inspection de sécurité n'a été effectuée avant 22 h 30 au hangar où se trouvait entreposée la marchandise.

a Les voleurs ont été dérangés par l'arrivée des gardiens. Ils ont fui et n'ont pu être appréhendés. Un cadenas, qui normalement assurait la fermeture de la porte par fixation des deux segments d'une chaîne à un anneau au mur, n'avait pas été verrouillé. En conséquence, plusieurs pieds de la chaîne étaient restés libres. Ce fait aurait en toute vraisemblance été découvert si les gardiens de sécurité avaient effectué leur ronde de 19 h 30. Les voleurs ont pu pénétrer dans le hangar en pratiquant un trou dans le mur et en tirant la chaîne qui, ayant du jeu, permettait d'ouvrir la porte suffisamment pour entrer.

d Le connaissement comporte des clauses de limitation de responsabilité, soit les clauses 8 et 18, ainsi qu'une clause Himalaya, la clause 4, dans laquelle le transporteur, Mitsui, cherche à étendre la limitation de responsabilité à ceux qu'il emploie pour exécuter le contrat de transport. Voici ces clauses:

[TRADUCTION] 4. Il est expressément convenu entre les parties au présent connaissement que le capitaine, les officiers, membres de l'équipage, entrepreneurs, manutentionnaires, débardeurs, mandataires, représentants, employés ou autres, utilisés, engagés ou employés par le transporteur pour l'exécution du présent contrat, bénéficient exactement des mêmes exemptions, exonérations et limitations de responsabilité que celles accordées au transporteur par le présent connaissement, que ce soit sous forme de clause imprimée, écrite à la main, apposée par cachet ou incorporée par renvoi. Le capitaine, les officiers, les membres d'équipage et autres personnes susmentionnées sont à cet égard réputés être parties au contrat dont fait foi le présent connaissement, le transporteur étant réputé être leur mandataire ou fiduciaire.

i 8. Le transporteur ne saurait être tenu responsable, à quelque titre que ce soit, du retard de livraison, du défaut de livraison, de la livraison défectueuse, ou de la perte ou de l'avarie causée aux marchandises ou les concernant, qui se produit avant le chargement ou après le déchargement, ou les deux, que ces marchandises soient en attente d'expédition, placées à terre ou entreposées, chargées à bord d'embarcations, chalands, allèges ou autres appartenant ou non au transporteur, ou qu'elles soient en voie de transbordement au cours du

of goods on deck or hold or, in the case of bulk liquids in the vessel's tank. "Discharging" herein provided shall be completed when the goods are freed from the vessel's tackle or taken from deck or hold, or the vessel's tank.

18. The goods may be discharged from the vessel without notice of arrival or discharge, as soon as the vessel is ready to do so and continuously Sundays and holidays included, at all such hours by day or by night as the carrier may determine, no matter what the state of the weather or custom of the port may be. Irrespective of any agreements for the direct delivery of the goods from vessel's tackle or hold to the person entitled to them, the carrier is hereby authorized by the shipper, consignee, and/or person entitled to the goods to discharge the goods onto a wharf, quay and into lighters, barges, craft or warehouse selected by the carrier. If the carrier makes a special agreement to deliver the goods at a specified dock or wharf, it is mutually agreed that such agreement shall be construed to mean that the carrier is to make such delivery only if, in the sole judgment of the carrier, the vessel can safely under her own power, proceed to, lie at, and return from the said dock or wharf, always afloat at any time of tide and only if such dock or wharf is available for the vessel to discharge immediately and that otherwise the goods shall be discharged at any other place in accordance with the preceding provisions of this Article, whereupon carrier's responsibility shall cease. In any case the carrier's responsibility shall cease at the time when the goods are discharged from the vessel and in any case all risks and expenses (including expenses for landing, lighterage, storage, cartage, port charges, etc.) incurred by delivery otherwise than from the vessel's side shall be borne by shipper and/or consignee notwithstanding any custom of the port to the contrary. The goods shall be considered to be delivered to the consignee at his own risk and expense in every respect when taken into the custody of customs or other authorities. If the goods be unclaimed within a reasonable time, they may, at carrier's discretion and subject to carrier's lien, be sold, abandoned or dealt with otherwise, solely at the risk and expense of shipper and/or consignee. The carrier shall not be required to give any notice of disposition of the goods under this Article.

voyage. Le «chargement» visé au présent connaissance commence dès l'accrochage au palan du navire, ou si celui-ci n'est pas utilisé, dès la réception des marchandises sur le pont ou dans les cales ou, en cas de liquide en vrac, dans les citernes du navire. Le «déchargement» visé aux présentes prend fin lorsque les marchandises ont été libérées du palan du navire ou déchargées du pont ou de la cale, ou des citernes du navire.

18. Les marchandises peuvent être déchargées du navire sans avis d'arrivée ou de déchargement, dès que le navire est prêt à le faire et ce sans interruption, dimanche et jours fériés inclus, aux heures du jour ou de la nuit que peut déterminer le transporteur, par tous les temps et quel que soit l'usage du port. Indépendamment de toute convention de livraison directe de la marchandise, sous palan ou en cale, à qui de droit, le transporteur est par les présentes autorisé par l'expéditeur, le destinataire ou la personne qui a droit à la marchandise à la décharger sur un quai, un appontement et dans des allèges, chalands, embarcations ou entrepôts que choisit le transporteur. Si le transporteur convient spécialement de livrer la marchandise à un dock ou quai spécifié, il est mutuellement convenu que cette convention sera interprétée comme signifiant que le transporteur ne fera cette livraison que si, à son seul jugement, le navire peut en toute sécurité, par ses propres moyens, s'y rendre, s'y amarrer et en revenir, en restant toujours à flot quelque soit l'heure de la marée et uniquement si ce dock ou quai est disponible pour un déchargement immédiat, et qu'autrement la marchandise pourra être débarquée en tout autre lieu, conformément aux stipulations précédentes du présent article, après quoi prendra fin la responsabilité du transporteur. En toute hypothèse, la responsabilité du transporteur prend fin dès le moment où les marchandises sont déchargées du navire, et, nonobstant tout usage contraire du port, l'expéditeur ou le destinataire, ou les deux à la fois, assument tous les risques et frais (notamment, les frais de déchargement, de chalandaage, d'entreposage, de camionnage, les droits portuaires, etc.) encourus pour livraison autre qu'au navire. La marchandise sera considérée comme livrée au destinataire à ses propres risques et frais à tous égards lorsqu'elle aura été prise en charge par les douanes ou autres autorités. Si la marchandise n'est pas réclamée dans un délai raisonnable, elle pourra, au choix du transporteur et sous réserve de son privilège, être vendue, abandonnée, ou il pourra en être disposé autrement, aux risques et frais de l'expéditeur ou du destinataire, ou des deux à la fois. Le transporteur n'aura pas à donner notification de l'aliénation de la marchandise en vertu du présent article.

Optional delivery shall be only granted when arranged prior to the loading of the goods and so expressly provided herein. Shipper and/or consignee desiring to avail themselves of the option so expressed must give notice in writing to the carrier at the first port of the vessel's call named in the option at least 48 hours prior to the vessel's arrival there, otherwise the goods shall be landed at any of the optional ports at carrier's option and the carrier's responsibility shall then cease.

The stevedoring contract between Mitsui and ITO contained the following provisions as clause 2 and clause 7.

2 Labour. The Contractor will provide labour to load and discharge the vessels of the Company in accordance with prevailing Labour Agreement(s) and labour as provided will be contingent upon labour available to the Contractor under the aforementioned Labour Agreement(s). In the event that receiving, delivery, checking and/or watching services are required, it is expressly agreed that the Contractor will arrange for such services as Agent only for the Company and on the express condition that the Contractor, its Agents and employees shall thereby incur no liability whatsoever for misdelivery, pilferage, theft or mysterious disappearance of cargo, and the Company agrees to indemnify the Contractor in the event it be called upon to pay any sums as a result thereof.

7 Responsibility for Damage or Loss. It is expressly understood and agreed that the Contractor's responsibility for damage or loss shall be strictly limited to damage to the vessel and its equipment and physical damage to cargo or loss of cargo overside through negligence of the Contractor or its employees. When such damage occurs to the vessel or its equipment or where such loss or damage occurs to cargo by reason of such negligence, the vessel's officers or other representatives shall call this to the attention of the Contractor at the time of accident. The Company agrees to indemnify the Contractor in the event it is called upon to pay any sums for damage or loss other than as aforesaid.

It is further expressly understood and agreed that the Company will include the Contractor as an express beneficiary, to the extent of the services to be performed hereunder, of all rights, immunities and limitation of liability provisions of all contracts of affreightment as evidenced by its standard bills of lading and/or passengers' tickets, issued by the Company during the effective period of this agreement. Whenever the customary

Option de livraison sera accordée uniquement lorsque prévue avant le chargement de la marchandise, par stipulation expresse aux présentes. L'expéditeur ou le destinataire qui veut se prévaloir de l'option ainsi stipulée doit donner notification par écrit au transporteur, au premier port de relâche du navire nommé dans l'option, au moins 48 heures avant l'arrivée du navire en ce lieu, sinon la marchandise sera débarquée à tout port indiqué par l'option, au choix du transporteur, et sa responsabilité prendra fin alors.

Le contrat de manutention intervenu entre Mitsui et ITO comporte les stipulations suivantes aux clauses 2 et 7:

[TRADUCTION] 2 Main-d'œuvre. L'entrepreneur fournira la main-d'œuvre nécessaire au chargement et au déchargement des navires de la Compagnie, conformément aux conventions de travail en vigueur, et la main-d'œuvre fournie sera fonction de sa disponibilité envers l'entrepreneur, selon les conventions de travail précitées. Dans le cas où des services de réception, de livraison, de pointage ou de garde seraient requis, il est expressément convenu que l'entrepreneur s'occupera d'assurer de tels services à titre de mandataire uniquement de la Compagnie et à la condition expresse que l'entrepreneur, ses mandataires et employés n'encourent aucune responsabilité, quelle qu'elle soit, pour erreur de livraison, maraudage, vol ou disparition mystérieuse de cargaison, et la Compagnie convient d'indemniser l'entrepreneur si jamais il a à faire quelque déboursé en conséquence de ce qui précède.

7 Responsabilité en cas d'avarie ou de perte. Il est expressément convenu que la responsabilité de l'entrepreneur en cas d'avarie ou de perte se limite strictement à l'avarie au navire et à son équipement, ainsi qu'à l'avarie à la cargaison ou la perte de la cargaison, imputables à la négligence de l'entrepreneur ou de ses employés. Lorsque survient une telle avarie ou perte, les officiers du navire ou autres représentants doivent en informer l'entrepreneur au moment de l'accident. La Compagnie s'engage à indemniser l'entrepreneur au cas où celui-ci serait tenu de réparer une avarie ou perte non prévue ci-dessus.

Il est en outre expressément convenu que la Compagnie désignera expressément l'entrepreneur comme bénéficiaire, dans la prestation des services prévus aux présentes, de toutes les dispositions prévoyant des droits, exonérations et limitations de responsabilité, contenues dans les contrats d'affrètement dont font foi les connaissements types et les billets de transport émis par la Compagnie durant la durée de validité de cet accord.

rights, immunities and/or liability limitations are waived or omitted by the Company, as in the case of ad valorem cargo, the Company agrees to include the Contractor as an assured party under its insurance protection and ensure that it is indemnified against any resultant increase in liability.

At the opening of the trial before Marceau J., the parties made a series of admissions which were reduced to writing and filed with the court. The document containing the admissions is reproduced here from the judgment of Marceau J.:

The parties, through their undersigned attorneys, hereby admit the following facts:

1. THAT Plaintiff Miida Electronics, Inc. ("Miida") was, at all material times herein, the owner of a cargo of 260 [*sic*] cartons of electronic desk calculators ("the cargo"), each carton containing 2 sets of electronic desk calculators;

2. THAT Plaintiff Miida is entitled to sue under the contract of carriage;

3. THAT Defendant Mitsui O.S.K. Lines Ltd's ("Mitsui's") Bill of Lading No. KBMR-0007, dated Kobe, Japan, July 31, 1973, is produced by consent as Plaintiff Miida's Exhibit P-1;

4. THAT the terms and conditions of Bill of Lading No. KBMR-0007 (Exhibit P-1) constitute the contract of carriage under which Plaintiff Miida's cargo was carried;

5. THAT defendant Mitsui was the carrier of the cargo and issued Bill of Lading No. KBMR-0007 (Exhibit P-1) and is bound by the terms and conditions thereof;

6. THAT Plaintiff Miida is bound by the terms and conditions of Bill of Lading No. KBMR-0007 (Exhibit P-1);

7. THAT Defendant ITO—International Terminal Operators Ltd ("ITO") was the stevedore and provider of terminal services who discharged Defendant Mitsui's vessel, the BUENOS AIRES MARU, at Montreal, pursuant to a contract entered into by it with Defendant Mitsui, it being agreed by all parties that ITO and Logistec Corporation Limited are to be considered by the Court as one and the same and synonymous from all points of view;

Dans tous les cas où la Compagnie renonce aux droits, aux exonérations et limitations de responsabilité d'usage, ou omet de s'en prévaloir, comme en cas de cargaison soumise au fret *ad valorem*, la Compagnie s'engage à faire de l'entrepreneur un coassuré dans ses contrats d'assurance et à veiller à ce que ce dernier soit protégé contre tout accroissement de responsabilité tenant à ce fait.

À l'ouverture de l'audience devant le juge Marceau, les parties ont fait une série d'aveux qui ont été consignés par écrit et déposés auprès du tribunal. Le document suivant qui contient ces aveux est tiré du jugement du juge Marceau:

[TRADUCTION] Les parties, par l'intermédiaire de leurs avocats soussignés, reconnaissent par les présentes les faits suivants:

1. QUE la demanderesse, Miida Electronics Inc. («Miida») était, à toutes les époques en cause, propriétaire de la cargaison de 260 (*sic*) cartons de calculatrices électroniques de bureau («la cargaison»); chaque carton contenant deux ensembles de calculatrices électroniques de bureau;

2. QUE la demanderesse Miida a le droit d'ester en justice en vertu du contrat de transport;

3. QUE le connaissement n° KBMR-0007, de la défenderesse Mitsui O.S.K. Lines Ltd. («Mitsui»), fait à Kobe (Japon) le 31 juillet 1973, est produit, avec le consentement des parties, comme pièce P-1 de la demanderesse Miida;

4. QUE les modalités du connaissement n° KBMR-0007 (pièce P-1) constituent le contrat de transport en vertu duquel la cargaison de la demanderesse Miida a été transportée;

5. QUE la défenderesse Mitsui était le transporteur de cette cargaison, qu'elle a émis le connaissement n° KBMR-0007 (pièce P-1) et qu'elle est liée par les modalités de ce connaissement;

6. QUE la demanderesse Miida est liée par les modalités du connaissement n° KBMR-0007 (pièce P-1);

7. QUE la défenderesse ITO—International Terminal Operators Ltd. («ITO») est le manutentionnaire et fournisseur des services d'acconage qui a déchargé le navire de la défenderesse Mitsui, le BUENOS AIRES MARU, à Montréal, conformément à un contrat intervenu entre elle et la défenderesse Mitsui, toutes les parties reconnaissant qu'ITO et Logistec Corporation Limited doivent être considérées par le tribunal comme une seule et même entité, étant synonymes à tout point de vue;

8. THAT the production of the contract between Defendants ITO and Mitsui is admitted;

9. THAT Defendant ITO was the lessee of Sheds 49, 50, 51 and 52 of the Port of Montreal;

10. THAT Defendant ITO admits that 250 cartons of electronic desk calculators, each containing 2 sets thereof, were loaded at Kobe on board the BUENOS AIRES MARU, but does not admit that the same quantity was discharged from the BUENOS AIRES MARU at Montreal;

11. THAT 169 sets of electronic desk calculators (84.5 cartons) were not delivered to Plaintiff Miida;

12. THAT Plaintiff Miida has suffered a loss of \$26,656.37, which is admitted by the Defendants;

13. THAT in the event of a judgment being rendered in favour of Plaintiff Miida, the Defendants admit that Plaintiff Miida will be entitled to receive \$26,656.37, with interest at a rate of 8% from September 14, 1973.

Proceedings

Miida commenced proceedings in the Federal Court Trial Division against both ITO and Mitsui to recover its loss. In paragraph 12 of the statement of claim it was alleged:

12. THAT Defendants are jointly and severally responsible for the loss and damage claimed in breach of contract and in delict and in tort for their fault, negligence, want of care and lack of skill and of their employees, servants, agents, préposés, and independent contractors, including the Master, the crew, the stevedores and the terminal operators whilst in the exercise of the work for which they were employed and during the care of the cargo its checking, loading, handling, stowage, carriage, custody and discharge.

The action was dismissed against both defendants, ITO and Mitsui, on January 5, 1979. Miida appealed against both judgments to the Federal Court of Appeal (Pratte, Le Dain and Lalande JJ.) and on May 22, 1981 its appeal against the dismissal of its action against ITO was allowed (Pratte J. dissenting), and its appeal against Mitsui dismissed (Le Dain J. dissenting). The result of this disposition was to leave Mitsui free of any claim and to place all liability on ITO. From this decision Miida has now appealed to this Court

8. QUE la production du contrat intervenu entre les défenderesses ITO et Mitsui est admise;

9. QUE la défenderesse ITO était locataire des hangars 49, 50, 51 et 52 du port de Montréal;

^a 10. QUE la défenderesse ITO reconnaît que 250 cartons de calculatrices électroniques de bureau, chacun en contenant 2 ensembles, ont été chargés à Kobe à bord du BUENOS AIRES MARU, mais qu'elle ne reconnaît pas que cette même quantité a été déchargée du BUENOS AIRES MARU à Montréal;

^b 11. QUE 169 ensembles de calculatrices électroniques de bureau (84,5 cartons) n'ont pas été livrés à la demanderesse Miida;

^c 12. QUE la demanderesse Miida a subi une perte de 26 656,37 \$, ce que reconnaissent les défenderesses;

^d 13. QUE si jamais un jugement est rendu en faveur de la demanderesse Miida, les défenderesses reconnaissent que la demanderesse Miida aura le droit de recevoir 26 656,37 \$, avec intérêts, au taux de 8 %, à compter du 14 septembre 1973.

Les procédures

Miida a engagé des procédures en Cour fédérale, Division de première instance, à la fois contre ITO et Mitsui, en recouvrement de sa perte. Au paragraphe 12 de la déclaration, il est allégué:

^e [TRADUCTION] 12. QUE les défenderesses sont conjointement et solidairement responsables de la perte et des dommages-intérêts réclamés pour inexécution de contrat et délit ou quasi-délit, par leur faute, négligence, incurie et incompétence, et celle de leurs employés, préposés et mandataires, ainsi que celle d'entrepreneurs indépendants, y compris le capitaine, l'équipage, les acconiers et les manutentionnaires, dans l'exécution de la tâche pour laquelle leurs services ont été retenus, pendant qu'ils avaient la charge de la cargaison, pendant son pointage, son chargement, sa manutention, son arrimage, son transport, pendant qu'ils en avaient la garde et au cours du déchargement.

^f L'action intentée contre les deux défenderesses, ITO et Mitsui, a été rejetée le 5 janvier 1979. Miida en a appelé des deux jugements devant la Cour d'appel fédérale (les juges Pratte, Le Dain et Lalande) et, le 22 mai 1981, son appel contre le rejet de son action contre ITO a été accueilli (le juge Pratte étant dissident) et son appel contre Mitsui rejeté (le juge Le Dain étant dissident), avec pour résultat que Mitsui a été libérée de toute réclamation, toute la responsabilité incombant à ITO. De cet arrêt, Miida en appelle maintenant

against the dismissal of its claim against Mitsui and ITO has appealed against the judgment in favour of Miida. Leave was granted pursuant to s. 31(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

Reasons in the Courts Below

In dismissing Miida's claim against Mitsui, Marceau J. [[1979] 2 F.C. 283] found that the loss of the goods had occurred after they had been unloaded from the ship at Montreal. Since he was of the opinion that liability against Mitsui could be found only on the basis of the contract of carriage, he concluded that Mitsui was fully protected by the exclusion clause. He said, in respect of Mitsui [at pp. 291-92]:

Defendant Mitsui is therefore correct. Since no gross negligence in choosing the cargo handling firm used or in any other doings on its part has been alleged against it, and since the loss has been proved to have occurred after the vessel was unloaded, defendant Mitsui is fully protected by the limitation of liability clause in the contract under which it is being sued. The action brought against it therefore cannot succeed.

As to the claim against ITO, Marceau J. held that the Federal Court had jurisdiction to hear the case because cargo-handling was sufficiently closely linked to the contract of carriage of goods by sea. He considered as well that Quebec law would apply because the delict or *quasi-delict* alleged by and relied upon by the plaintiff Miida was committed in Quebec by one domiciled in Quebec. He concluded on the facts before him that ITO could not be liable to Miida on a purely delictual basis independently of contract and that ITO could not avail itself of the contractual exoneration clauses in the bill of lading because it was not a party to it. He observed, however, that ITO had agreed to perform its services under a contract of services entered into with the carrier, and this contract limited its liability to the extent provided in the carriage contract. He concluded that Miida, the shipper/owner, knew that a stevedore would be involved during the unloading process, and though it was not a party to the stevedoring contract

devant cette Cour du rejet de sa demande contre Mitsui, alors qu'ITO se pourvoit contre l'arrêt prononcé en faveur de Miida. L'autorisation de pourvoi a été accordée conformément au par. a 31(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10.

Motifs de jugement des cours d'instance inférieure

b En rejetant la demande que Miida a adressée contre Mitsui, le juge Marceau [[1979] 2 C.F. 283] a conclu que la perte de la marchandise s'est produite après qu'elle eut été débarquée du navire à Montréal. Comme il était d'avis que Mitsui ne c pouvait être déclarée responsable qu'en fonction du contrat de transport, il a conclu que Mitsui est entièrement protégée par la clause de non-responsabilité. Voici ce qu'il a dit au sujet de Mitsui, aux d pp. 291 et 292:

e La défenderesse Mitsui a donc raison. Puisqu'il n'est invoqué contre elle aucune faute lourde dans le choix de l'entreprise de manutention à laquelle elle a fait appel ou dans quelque autre agissement de sa part, et qu'il est en preuve que la perte n'est survenue qu'après déchargement, elle est pleinement protégée par la clause de non-responsabilité du contrat en vertu duquel elle est poursuivie. L'action intentée contre elle ne saurait donc réussir.

f Quant à la demande adressée contre ITO, le juge Marceau a conclu que la Cour fédérale a compétence pour entendre l'affaire pour le motif que la manutention d'une cargaison est liée de suffisamment près au contrat de transport de marchandises par mer. Il a jugé aussi que le droit québécois est applicable parce que le délit ou quasi-délict allégué par la demanderesse Miida, et sur lequel elle se fonde, a été commis au Québec par une personne h domiciliée au Québec. Il a conclu, d'après les faits dont il était saisi, qu'ITO ne peut être responsable envers Miida sur le plan purement délictuel, indépendamment du contrat, et qu'ITO ne peut se prévaloir des clauses contractuelles de non-responsabilité que l'on trouve dans le connaissement i parce qu'elle n'est pas partie à celui-ci. Toutefois, il a fait observer qu'ITO a accepté de fournir ses services en vertu d'un contrat d'entreprise intervenu entre elle et le transporteur et que ce contrat j limite sa responsabilité dans la mesure prévue par le contrat de transport. Il a conclu que Miida,

Miida knew that it was to obtain benefit from it and had agreed to that proposition in advance. Miida was therefore bound by the limitation of liability provisions in the service contract and ITO was entitled to rely upon them. He concluded his judgment on this issue by saying, at p. 302:

I therefore find that defendant ITO cannot be held liable for the loss on the sole ground of delict because it committed no fault that could be regarded as a delict; and that on any grounds other than delict it was protected by the limitation of liability clause provided in its contract with Mitsui, which plaintiff agreed to when it accepted the Himalaya clause in the contract of carriage.

In the Court of Appeal, the majority on this issue, Le Dain J. and Lalande D.J., allowed Miida's appeal against ITO. Le Dain J., for the majority, was of the view that, because of the close, practical relationship of the terminal operation to the performance of the contract of carriage, the Miida claim was a maritime matter within the definition of Canadian maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*. On this point, he expressed the view that he had been wrong in *Domestic Converters Corp. v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211, 46 N.R. 195 (C.A.). He considered that good policy required that the common law of bailment provided a more coherent and certain basis in cases involving the duties and liabilities of terminal operators than did the civil law of delictual liability. ITO was a sub-bailee for reward. Its duty was to take reasonable care in safeguarding the cargo owner's goods and to this end it was required to provide an adequate security system. It failed in this duty. ITO was, however, entitled to invoke the provisions of the Himalaya clause in the bill of lading. The stevedoring contract to which it was a party provided that the owner was to include it as a beneficiary of the limitation of liability provisions in the contract of carriage. The Himalaya clause could exclude liability for after-discharge loss (clauses 8 and 18), but those clauses did not have the effect of excluding liability for negligence. It did not therefore relieve ITO of liability. He would have allowed Miida's appeal

l'expéditeur propriétaire, savait qu'un manutentionnaire participerait au processus de déchargement et que, même si elle n'était pas partie au contrat de manutention, Miida savait qu'elle en profiterait et avait accepté cette offre à l'avance. Miida est donc liée par les stipulations de limitation de responsabilité du contrat d'entreprise et ITO a le droit de les invoquer. Il a terminé ses motifs sur ce point en disant, à la p. 302:

Ma conclusion est donc que la défenderesse ITO ne saurait être tenue responsable de la perte sur le seul plan délictuel parce qu'elle n'a pas commis de faute susceptible de lui être délictuellement reprochée, et sur un plan autre que délictuel, elle était protégée par la cause de non-responsabilité que son contrat avec Mitsui prévoyait et à laquelle la demanderesse avait acquiescé en souscrivant à la clause Himalaya du contrat de transport.

La Cour d'appel, à la majorité sur ce point (le juge Le Dain et le juge suppléant Lalande), a accueilli l'appel interjeté par Miida contre ITO. Le juge Le Dain, s'exprimant au nom de la cour à la majorité, s'est dit d'avis que, en raison du rapport étroit qui existe en pratique entre la manutention et l'exécution du contrat de transport, la demande de Miida constitue une matière maritime au sens de la définition que donne du droit maritime canadien l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. À cet égard, il a estimé qu'il avait eu tort dans l'arrêt *Domestic Converters Corp. c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211, 46 N.R. 195 (C.A.). Il a jugé que le bon sens exige que les règles de *common law* en matière de dépôt constituent, dans les affaires portant sur les obligations et responsabilités des manutentionnaires, un fondement plus cohérent et plus solide que les principes de la responsabilité délictuelle en droit civil. ITO était un sous-dépositaire rémunéré. Il lui incombait de prendre des mesures raisonnables pour assurer la bonne garde des marchandises du propriétaire de la cargaison et, à cette fin, elle devait assurer un système de sécurité adéquat. Elle a manqué à cette obligation. ITO est cependant en droit d'invoquer les dispositions de la clause Himalaya du connaissement. Le contrat de manutention auquel elle est partie prévoit que le propriétaire doit l'inclure comme bénéficiaire des stipulations de non-responsabilité du contrat de transport. La clause Himalaya peut exclure toute responsabilité

against the dismissal of its action against Mitsui. He was of the view that clauses 8 and 18 of the bill of lading would not relieve the carrier of the obligation to deliver the cargo and care for it pending delivery, and it could not relieve itself by delegating the performance of its obligation to ITO, as its agent.

Lalande D.J. held in favour of the Federal Court's jurisdiction to entertain Miida's action against ITO as an action "connected with" navigation and shipping, pursuant to s. 4 of *The Admiralty Act, 1891*, 1891 (Can.), c. 29. ITO had contracted with Mitsui to perform terminal services that included "watching and guarding" services and had been negligent in its performance. That fault was actionable by a damaged person under art. 1053 of the *Civil Code*. He did not consider that the Himalaya clause or clause 7 of the stevedoring contract had any relevance to the issues because they had nothing to do with the after-discharge negligence which was the cause of the damage suffered here. These clauses, he said, gave ITO the benefit of the rights afforded by the Hague Rules to which the bill of lading was subject. There was nothing in the Hague Rules that exonerated the carrier from liability for after-discharge negligence. He agreed that Miida's appeal against ITO should be allowed and that its appeal against Mitsui should be dismissed.

Pratte J.A. was of the opinion that clauses 8 and 18 of the bill of lading excluded Mitsui from liability for after-discharge loss which occurred without fault or negligence on its part. He agreed that the appeal against Mitsui should be dismissed. He would have dismissed the appeal against ITO as well. The failure on ITO's part to do more than it actually did to preserve the goods would not be a fault under art. 1053 of the *Civil Code*. Even if the common law of bailment were the appropriate law,

pour perte ultérieure au déchargement (clauses 8 et 18), mais ces clauses n'ont pas pour effet d'exclure la responsabilité pour négligence. Elles ne déchargent donc pas ITO de sa responsabilité. Il aurait accueilli l'appel de Miida contre le rejet de son action intentée contre Mitsui. Il était d'avis que les clauses 8 et 18 du connaissement ne déchargeaient pas le transporteur de son obligation de livrer la cargaison et d'en prendre soin jusqu'à sa livraison, et que le transporteur ne pouvait se soustraire à cette obligation en en confiant l'exécution à ITO, en tant que son mandataire.

Le juge suppléant Lalande a conclu que la Cour fédérale a compétence pour entendre l'action de Miida contre ITO parce qu'il s'agit d'une action «[se] rattachant» à la navigation et aux expéditions par eau, conformément à l'art. 4 de l'*Acte de l'Amirauté, 1891*, 1891 (Can.), chap. 29. ITO s'est engagée, par contrat avec Mitsui, à fournir des services de manutention, y compris des services «de surveillance et de garde», et a fait preuve de négligence dans leur exécution. Cette faute autorise une personne lésée à intenter une action en vertu de l'art. 1053 du *Code civil*. Il a jugé que la clause Himalaya et la clause 7 du contrat de manutention n'ont aucun rapport avec les questions en litige parce qu'elles n'ont rien à voir avec la négligence survenue après le déchargement, laquelle constitue la cause du dommage subi en l'espèce. Ces clauses, dit-il, permettent à ITO de bénéficier des droits prévus par les Règles de la Haye auxquelles est assujéti le connaissement. Rien dans les Règles de la Haye n'exonère le transporteur de sa responsabilité pour négligence ultérieure au déchargement. Il a convenu que l'appel interjeté par Miida contre ITO devait être accueilli et que son appel contre Mitsui devait être rejeté.

Le juge Pratte était d'avis que les clauses 8 et 18 du connaissement avaient pour effet d'exonérer Mitsui de toute responsabilité pour la perte survenue après le déchargement sans qu'il y ait faute ou négligence de sa part. Il était d'accord pour dire que l'appel interjeté contre Mitsui devait être rejeté. Il aurait rejeté l'appel interjeté contre ITO aussi. L'omission par ITO de faire plus que ce qu'elle a fait pour protéger la marchandise ne constitue pas une faute au sens de l'art. 1053 du

the claim against ITO would fail because, in his view, ITO was entitled to the protection of the Himalaya clause in the bill of lading. The more fundamental reason why Miida's claim against ITO could not succeed, however, was that given the decision of the Federal Court of Appeal in *Domestic Converters Corp. v. Arctic Steamship Line*, *supra*, a claim in delict and tort did not fall within the court's jurisdiction.

Issues

1. The general question of jurisdiction of the Federal Court in admiralty. This will involve a consideration of the extent of Canadian maritime law.

2. The effect of the Himalaya clause in the bill of lading.

Jurisdiction of the Federal Court

The question of the Federal Court's jurisdiction arises in this case in the context of Miida's claim against ITO, a claim involving the negligence of a stevedore-terminal operator in the post-discharge storage of the consignee's goods. The general extent of the jurisdiction of the Federal Court has been the subject of much judicial consideration in recent years. In *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, and in *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, the essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court were established. They are:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

Code civil. Même si les règles de *common law* en matière de dépôt s'appliquaient, la demande adressée contre ITO échouerait pour le motif que, à son avis, ITO a droit à la protection de la clause Himalaya que l'on trouve dans le connaissement. Cependant, le motif plus fondamental pour lequel la demande de Miida adressée contre ITO ne peut réussir est celui que donne la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Domestic Converters Corp. c. Arctic Steamship Line*, précité: les actions en responsabilité délictuelle ne relèvent pas de la compétence de la Cour fédérale.

Les questions en litige

1. La question générale de la compétence que possède la Cour fédérale en matière d'amirauté. Cela comportera un examen de l'étendue du droit maritime canadien.

2. L'effet de la clause Himalaya que l'on trouve dans le connaissement.

La compétence de la Cour fédérale

La question de la compétence de la Cour fédérale se pose en l'espèce dans le contexte de la demande adressée par Miida contre ITO, une demande portant sur la négligence dont aurait fait preuve un manutentionnaire acconier dans l'entreposage après déchargement de la marchandise du destinataire. L'étendue générale de la compétence de la Cour fédérale a été examinée à maintes reprises par les tribunaux ces dernières années. Dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, et dans l'arrêt *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, on a établi les conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale. Ces conditions sont les suivantes:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

The subject of admiralty and marine jurisdiction was canvassed in the Federal Court Trial Division by Thurlow A.C.J. (as he then was) in *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 F.C. 675, 77 D.L.R. (3d) 241. He traced the history of the development of the admiralty jurisdiction of the Exchequer Court. I do not consider it necessary to cover the same ground as did Thurlow A.C.J. because the subject was again dealt with in this Court in *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 S.C.R. 157, and the jurisdiction of the Federal Court in this connection was authoritatively stated.

The *Tropwood* case concerned the question of whether there was operative law under which the Federal Court could properly entertain an action in both contract and tort for damage to inbound cargo. The case is well known and does not require detailed treatment here. It is sufficient to observe that Laskin C.J. (for the Court), noted that the Federal Court of Canada is given jurisdiction to adjudicate on questions of admiralty law by virtue of s. 22 of the *Federal Court Act*. Later, after noting the historical review by Thurlow A.C.J. in *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, *supra*, he said, at pp. 161-62:

For present purposes, it is enough to look at the Canadian statutes enacted following the *British Colonial Courts of Admiralty Act*, 1890, and following the abrogation of limitations on federal legislative power by the Statute of Westminster, 1931. These Canadian statutes are (1) *The Admiralty Act*, 1891 (Can.), c. 29; (2) *The Admiralty Act*, 1934 (Can.), c. 31; and the *Federal Court Act*, enacted in 1970, with effect from June 1, 1971.

After a discussion of the effect of *The Admiralty Act, 1891*, in introducing a body of admiralty law as part of the law of Canada, he went on to say, at pp. 162-63:

For my part, I do not think it matters here whether the Act of 1934 failed to incorporate or recognize a body of admiralty law. I leave that question open, although I would be inclined to find that s. 18 of the Act of 1934 was an adequate source of authority to apply a body of

La compétence en matière maritime et d'amirauté a été examinée à fond en Division de première instance de la Cour fédérale par le juge en chef adjoint Thurlow (maintenant juge en chef) dans la décision *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 C.F. 675, 77 D.L.R. (3d) 241. Il y fait l'historique de l'évolution de la compétence en matière d'amirauté de la Cour de l'Échiquier. Je n'estime pas nécessaire de refaire le même chemin que le juge en chef adjoint Thurlow, car le sujet a de nouveau été traité dans l'arrêt de cette Cour *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 R.C.S. 157, et la compétence de la Cour fédérale à cet égard y a été établie péremptoirement.

L'affaire *Tropwood* portait sur la question de savoir si une loi en vigueur permettait à la Cour fédérale de connaître d'une action, fondée à la fois sur la responsabilité contractuelle et délictuelle, qui résultait de dommages causés à une cargaison en provenance de l'étranger. L'affaire est bien connue, aussi n'est-il pas nécessaire de la traiter en détail ici. Il suffit de faire observer que le juge en chef Laskin (au nom de la Cour) a souligné que la Cour fédérale du Canada a compétence, en vertu de l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour trancher toute question de droit maritime. Plus loin, après avoir pris acte de l'analyse historique du juge en chef adjoint Thurlow, dans l'arrêt *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, précité, il dit, à la p. 161:

Aux fins de ce pourvoi, il suffit d'examiner les lois canadiennes édictées après l'*Acte des Cours coloniales d'Amirauté*, 1890, de l'Angleterre et l'abrogation des restrictions au pouvoir législatif fédéral par le Statut de Westminster, 1931. Ces lois canadiennes sont (1) l'*Acte de l'Amirauté*, 1891 (Can.), chap. 29; (2) la *Loi d'amirauté*, 1934 (Can.), chap. 31 et la *Loi sur la Cour fédérale*, édictée en 1970 et en vigueur depuis le 1^{er} juin 1971.

Après avoir analysé l'effet de l'*Acte de l'Amirauté, 1891*, qui introduit un ensemble de règles de droit maritime dans le droit canadien, il poursuit, aux pp. 162 et 163:

Pour ma part, je crois qu'il importe peu ici que la Loi de 1934 ait omis d'incorporer le droit maritime ou de le reconnaître. Je ne tranche pas cette question, bien que je sois disposé à dire que l'art. 18 de la Loi de 1934 fournissait le fondement nécessaire à l'application du

admiralty law. Since the present case is admittedly governed by the *Federal Court Act*, it is that Act to which we must look to determine whether the jurisdiction now reposed in the Federal Court to try what I may compendiously call admiralty matters relates to a body of law, which can be attributed to federal competence, upon which the jurisdiction can operate.

He then referred to the definition of Canadian maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*, which is set out hereunder:

2. ...

“Canadian maritime law” means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this or any other Act of the Parliament of Canada.

and said, at p. 163:

This definition of Canadian maritime law in s. 2 refers to the law that was administered by the Exchequer Court “by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute”. The reference to the *Admiralty Act* is undoubtedly to the Act of 1934, but the *Admiralty Act* of 1891, although it was repealed, may certainly be considered as “any other statute” by virtue of which law was administered by the Exchequer Court on its admiralty side. If therefore there was a deficient incorporation of admiralty law by the Act of 1934, the same cannot be said of the Act of 1891.

(Emphasis in the original.)

He went on to find that the claim in question was within the scope of admiralty law as it was incorporated into the law of Canada in 1891.

In deciding whether the jurisdictional requirements are met in the case at bar, it seems clear that s. 22(1) of the *Federal Court Act*, set out hereunder, satisfies the first requirement in giving jurisdiction to the Federal Court:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction as well between subject and subject as otherwise, in all cases in which a claim of relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any

droit maritime. Puisqu'il est admis que la présente affaire est régie par la *Loi sur la Cour fédérale*, c'est cette loi qu'il faut examiner pour décider si la juridiction conférée actuellement à la Cour fédérale de connaître de ce que je qualifierai succinctement d'affaires maritimes, est lié à un ensemble de règles de droit que l'on peut attribuer à la compétence fédérale et sur lequel cette juridiction peut s'exercer.

Il se réfère alors à la définition du droit maritime canadien que l'on trouve à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et qui est énoncée ci-après:

2. ...

«droit maritime canadien» désigne le droit dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi, ou qui en aurait relevé si cette Cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté, compte tenu des modifications apportées à ce droit par la présente loi ou par toute autre loi du Parlement du Canada;

Et il affirme à la p. 163:

Cette définition du droit maritime canadien à l'art. 2 renvoie au droit dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier «en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi». Le renvoi à la *Loi sur l'Amirauté* vise manifestement la Loi de 1934, mais, malgré son abrogation, on peut certainement considérer l'*Acte de l'Amirauté* de 1891 comme «quelque autre loi» dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier, en sa juridiction d'amirauté. Donc, si la Loi de 1934 n'incorporait pas complètement le droit maritime, on ne peut en dire autant de la Loi de 1891.

(Souligné dans l'original.)

Il conclut ensuite que la réclamation en cause relève du droit maritime tel qu'il a été incorporé au droit canadien en 1891.

Lorsqu'il s'agit de décider si les conditions pour qu'il y ait compétence sont remplies en l'espèce, il semble clair que le par. 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, ci-dessous, satisfait à la première condition en attribuant compétence à la Cour fédérale:

22. (1) La Division de première instance a compétence concurrente en première instance, tant entre sujets qu'autrement, dans tous les cas où une demande de redressement est faite en vertu du droit maritime canadien ou d'une autre loi du Canada en matière de naviga-

matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

To decide if the second requirement is met, it must be determined whether Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class or subject of navigation and shipping is essential to the disposition of the case and nourishes the statutory grant of jurisdiction. On this point, no "other law of Canada" was referred to as being essential to the disposition of the case or as nourishing the statutory claim of jurisdiction of the Federal Court.

Canadian maritime law, as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*, can be separated into two categories. It is the law that:

- (1) was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute; or
- (2) would have been so administered if that court had had on its Admiralty side unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters.

Category 1 includes all English maritime law as it existed in 1891, as administered by the High Court on its Admiralty side (see *Tropwood, supra.*). In 1927, it was held in the Judicial Committee of the Privy Council in "*Yuri Maru*" (*The "Woron"*), [1927] A.C. 906, that the Exchequer Court's jurisdiction did not include statutory expansions of the admiralty jurisdiction of the High Court of England arising after the passing of the *Colonial Courts of Admiralty Act, 1890*. In 1931, however, the Statute of Westminster enlarged the legislative power of the Federal Parliament to enact legislation repugnant to Imperial enactments. In 1934, *The Admiralty Act* was enacted by the federal Parliament in the exercise of its widened legislative powers to replace *The Admiralty Act, 1891*. Section 18 of the Act of 1934 defined the jurisdiction of the Exchequer Court in part, as follows:

tion ou de marine marchande, sauf dans la mesure où cette compétence a par ailleurs fait l'objet d'une attribution spéciale.

Pour décider si la deuxième condition est remplie, il faut déterminer si le droit maritime canadien ou une autre loi du Canada se rapportant à une matière quelconque relevant de la catégorie ou du sujet que constituent la navigation et les expéditions par eau sont essentiels à la solution du litige et constituent le fondement de l'attribution légale de compétence. Sur ce point, aucune «autre loi du Canada» n'a été mentionnée comme étant essentielle à la solution du litige ou comme constituant le fondement de la prétention qu'il y a attribution légale de compétence à la Cour fédérale.

Le droit maritime canadien, tel qu'il est défini à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, peut être divisé en deux catégories. Il s'agit du droit:

- (1) dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi; ou
- (2) qui en aurait relevé si cette cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

La première catégorie comprend tout le droit maritime anglais tel qu'il existait en 1891, appliqué par la Haute Cour, en sa juridiction d'amirauté (voir *Tropwood, précité*). En 1927, le Comité judiciaire du Conseil privé a jugé, dans l'arrêt "*Yuri Maru*" (*The "Woron"*), [1927] A.C. 906, que la compétence de la Cour de l'Échiquier n'incluait pas les extensions légales de la compétence maritime de la Haute Cour d'Angleterre, survenues après l'adoption de l'*Acte des Cours coloniales d'Amirauté, 1890*. En 1931, cependant, le Statut de Westminster a élargi la compétence qu'a le Parlement fédéral pour adopter des lois inconciliables avec la législation impériale. En 1934, la *Loi d'Amirauté* a été adoptée par le Parlement fédéral dans l'exercice de ses compétences législatives élargies et a remplacé l'*Acte de l'Amirauté, 1891*. L'article 18 de la Loi de 1934 définit en partie ainsi la compétence de la Cour de l'Échiquier:

18. (1) The jurisdiction of the Court on its Admiralty side shall extend to and be exercised in respect of all navigable waters, tidal and non-tidal, whether naturally navigable or artificially made so, and although such waters be within the body of a county or other judicial district, and, generally, such jurisdiction shall, subject to the provisions of this Act, be over the like places, persons, matters and things as the Admiralty jurisdiction now possessed by the High Court of Justice in England, whether existing by virtue of any statute or otherwise, and be exercised by the Court in like manner and to as full an extent as by such High Court.

(2) Without restricting the generality of subsection one of this section, and subject to the provisions of subsection three thereof, section twenty-two of the *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925*, of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, which is Schedule A to this Act, shall, in so far as it can, apply to and be applied by the Court, *mutatis mutandis*, as if that section of that Act had been by this Act re-enacted, with the word "Canada" substituted for the word "England", the words "Governor in Council" substituted for "His Majesty in Council", the words "Canada Shipping Act" (with the proper references to years of enactment and sections) substituted, except with relation to mortgages, for the words "Merchant Shipping Act" (and any equivalent references to years of enactment and sections) and with the words "or other judicial district" added to the words "body of a county", wherever in such section twenty-two of such *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925*, any of the indicated words of that Act appear.

(3) Notwithstanding anything in this Act or in the Act mentioned in the next preceding subsection contained, the Court shall have jurisdiction to hear and determine:—

(a) Any claim—

(i) arising out of an agreement relating to the use or hire of a ship; or

(ii) relating to the carriage of goods in a ship; or

(iii) in tort in respect of goods carried in a ship;

provided, in respect of any such claim, that no action *in rem* shall be within the jurisdiction of the Court unless it is shown to the Court that at the time of the institution of the proceedings no owner or part owner of the ship was domiciled in Canada;

18. (1) La juridiction de la Cour en sa juridiction d'amirauté s'étendra et s'exercera relativement à toutes les eaux navigables, de marée et non de marée, qu'elles soient naturellement navigables ou qu'elles le soient artificiellement devenues, et bien que ces eaux soient dans les limites d'un corps de comté ou autre district judiciaire, et, en général, cette juridiction s'exercera, subordonnement aux dispositions de la présente loi, sur les mêmes endroits, personnes, matières et choses que la juridiction d'amirauté actuellement possédée par la Haute Cour de Justice en Angleterre, qu'elle existe en vertu de quelque loi ou autrement, et elle sera exercée par la Cour de la même manière et dans la même mesure que par cette Haute Cour.

(2) Sans restreindre la portée générale du premier paragraphe du présent article, et subordonnement aux dispositions du troisième paragraphe dudit article, l'article vingt-deux du *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925*, du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, lequel article est l'Annexe A de la présente loi, devra, autant que possible, s'appliquer et être appliqué par la Cour, *mutatis mutandis*, comme si ledit article dudit Acte avait été réédité par la présente loi; le mot «Canada» étant substitué au mot «Angleterre», les mots «Gouverneur en conseil» étant substitués aux mots «Sa Majesté en conseil», les mots «Loi de la marine marchande du Canada» (avec les références voulues aux années de l'adoption et aux articles) étant substitués, sauf en ce qui concerne les hypothèques, aux mots «Merchant Shipping Act» (et toutes références équivalentes aux années de l'adoption et aux articles), et les mots «ou autre district judiciaire» étant ajoutés aux mots «corps de comté», partout où, dans ledit article vingt-deux du *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925*, se rencontrent les uns ou les autres des mots indiqués dudit Acte.

(3) Par dérogation à toute disposition de la présente loi ou de l'Acte mentionné au paragraphe précédent, la Cour aura juridiction pour entendre et décider

a) Les réclamations

(i) découlant d'une convention relative à l'exploitation ou à l'affrètement d'un navire; ou

(ii) relatives au transport de marchandises dans un navire; ou

(iii) en dommage relativement à des marchandises transportées dans un navire;

mais à l'égard de ces réclamations, aucune action *in rem* ne tombera sous la juridiction de la Cour, à moins que, au moment de l'institution de l'action, il ne soit démontré à la Cour qu'aucun propriétaire ou copropriétaire du navire n'était domicilié au Canada;

- (b) any claim for necessaries supplied to a ship;
- (c) any claim for general average contribution.

- b) Les réclamations relatives aux approvisionnements d'un navire;
- c) Les réclamations relatives à la contribution moyenne générale.

The effect of this section, particularly subs. (1), was to adopt as part of Canadian law, English admiralty jurisdiction and law as it existed in 1934. This appears to have been the view of Thurlow A.C.J. in *Canadian Vickers, supra*, and seems to have been accepted by Laskin C.J. in *Tropwood, supra*. I would be of the opinion then that the term 'Canadian maritime law' includes all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934 as such law may, from time to time, have been amended by the federal Parliament, and as it has developed through judicial precedent to date.

^a Cet article, plus particulièrement son premier paragraphe, a eu pour effet d'intégrer au droit canadien la compétence et le droit en matière maritime qui existaient en Angleterre en 1934. ^b Cela semble avoir été l'avis du juge en chef adjoint Thurlow dans l'arrêt *Canadian Vickers*, précité, avis que semble avoir accepté le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Tropwood*, précité. Je serais donc d'avis que l'expression «droit maritime canadien» comprend tout cet ensemble de règles de droit, appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d'amirauté, qui peuvent avoir été, à l'occasion, modifiées par le Parlement fédéral et qui se sont développées jusqu'à ce jour au gré des précédents judiciaires.

The question then arises as to whether the first category of Canadian maritime law would encompass a claim such as that brought by Miida against ITO. Miida's action against ITO is pleaded, both as an action in contract and an action in tort or delict, for loss of goods resulting from ITO's alleged negligence in its capacity as the storer or holder of the goods pending delivery. It can be seen that the action is based on the negligence of ITO and is essentially an action in tort or delict. English maritime law as of 1934, however, was at its broadest confined to torts committed within the ebb and flow of the tide (see *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co.*, [1969] 2 Ex. C.R. 375). Though this jurisdiction was expanded by statute in Canada, specifically s. 18(3)(a)(i) and (iii) of *The Admiralty Act, 1934*, to include any claim:

La question se pose donc de savoir si cette première catégorie de droit maritime canadien englobe une demande du genre de celle que fait valoir Miida contre ITO. L'action de Miida contre ITO, plaide-t-on, est à la fois contractuelle et délictuelle, pour perte de marchandises résultant de la négligence dont aurait fait preuve ITO en sa capacité d'entreposeur ou de détenteur de la marchandise en attente de livraison. On peut constater que l'action est fondée sur la négligence d'ITO et est essentiellement une action en responsabilité délictuelle. Toutefois, dès 1934, le droit maritime anglais était, même au sens le plus large, confiné aux délits ou quasi-délits commis entre le flux et le reflux (voir *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co.*, [1969] 2 R.C. de l'É. 375). Certes, cette compétence a été élargie par voie ^h législative au Canada, en particulier par les sous-al. 18(3)a(i) et (iii) de la *Loi d'Amirauté, 1934*, de manière à inclure toute demande:

18. (3)(a) . . .

- (i) arising out of an agreement relating to the use or hire of a ship; or

18. (3)a) . . .

- (i) découlant d'une convention relative à l'exploitation ou à l'affrètement d'un navire; ou

- (iii) in tort in respect of goods carried in a ship;

- (iii) en dommage relativement à des marchandises transportées dans un navire;

it would still be insufficient to encompass Miida's claim against ITO. That claim does not arise from

^j Mais elle demeure toujours insuffisante pour englober la demande adressée par Miida contre

the contract of carriage between Miida and Mitsui, since ITO was not bound to perform any obligations under that bill of lading. In addition, goods discharged from a ship are no longer "goods carried in a ship" so as to invoke ss. (iii); see *Toronto Harbour Commissioners v. The "Robert C. Norton"*, [1964] Ex. C.R. 498.

I would point out at this juncture that s. 22(2) of the *Federal Court Act* is of no assistance since the only subsections which might apply are:

22. (2) ...

(h) any claim for loss of or damage to goods carried in or on a ship including, without restricting the generality of the foregoing, loss of or damage to passengers' baggage or personal effects;

(i) any claim arising out of any agreement relating to the carriage of goods in or on a ship or to the use or hire of a ship whether by charter party or otherwise;

These provisions are roughly the equivalent of s. 18(3)(a)(i) and (iii) of *The Admiralty Act, 1934*, and for the reasons just discussed would not apply to the case at bar. Even if a claim could be shown to fall within s. 22(2) the inquiry does not end. That section does no more than grant jurisdiction, and it does not create operative law. One must still be able to point to some applicable and existing federal law which nourishes the grant of jurisdiction: see *Quebec North Shore Paper* and *McNamara* cases. Since jurisdiction over land-based torts was not conferred by *The Admiralty Act, 1891*, it is clear that Miida's action against ITO is not encompassed by the first category of Canadian maritime law.

I turn then to the second part of the definition of Canadian maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*, which refers to law "that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this or any other Act of the

ITO. Cette demande n'est pas fondée sur un contrat de transport entre Miida et Mitsui, puisque ITO n'était tenue d'exécuter aucune obligation du connaissement. En outre, les marchandises déchargées d'un navire ne constituent plus «des marchandises transportées dans un navire» de manière à pouvoir invoquer le sous-al. (iii): voir *Toronto Harbour Commissioners v. The "Robert C. Norton"*, [1964] R.C. de l'É. 498.

Soulignons à ce moment-ci que le par. 22(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* n'est d'aucun secours puisque les seuls alinéas qui pourraient être applicables sont les suivantes:

22. (2) ...

h) toute demande pour la perte ou l'avarie de marchandises transportées à bord d'un navire, et notamment, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, la perte ou l'avarie des bagages ou effets personnels des passagers;

i) toute demande née d'une convention relative au transport de marchandises à bord d'un navire, à l'utilisation ou au louage d'un navire soit par charte-partie, soit autrement;

Ces dispositions sont à peu près équivalentes aux sous-al. 18(3)a)(i) et (iii) de la *Loi d'amirauté, 1934* et, pour les raisons que je viens de donner, elles ne s'appliquent pas en l'espèce. Même si on pouvait démontrer qu'une demande relève du par. 22(2), les choses ne s'arrêtent pas là. Ce paragraphe n'est qu'attributif de compétence; il ne crée pas de règle de droit applicable. On doit encore être en mesure d'indiquer sur quelle loi fédérale existante applicable se fonde l'attribution de compétence: voir les arrêts *Quebec North Shore Paper* et *McNamara*, précités. Comme aucune compétence en matière de délits ou quasi-délits survenus à terre n'a été conférée par l'*Acte de l'Amirauté, 1891*, il est clair que l'action de Miida contre ITO n'est pas comprise dans cette première catégorie du droit maritime canadien.

Je passe maintenant à la seconde partie de la définition du droit maritime canadien que l'on trouve à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et qui parle du droit «qui en aurait relevé si cette Cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté, compte tenu des modifications apportées à ce droit

Parliament of Canada." These words have been the subject of some discussion in the Federal Court of Appeal but have not yet been construed in this Court. In *Tropwood*, Laskin C.J. found it unnecessary to deal with them. Thurlow A.C.J. commented on this aspect of Canadian maritime law in *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, *supra*, as did Le Dain J. in *Domestic Converters Corp. v. Arctic Steamship Line*, *supra*. Thurlow A.C.J. appears to have been of the view that this second part of the definition of Canadian maritime law may have introduced into Canadian law maritime law which was administered in the Admiralty Court in the reign of Edward III and prior to the statutes of Richard II and Henry IV (the effect of which was to severely restrict the jurisdiction of the Admiralty Court). Le Dain J. expressed the opinion in *Domestic Converters*, at p. 240, that:

Although ... these words permit the recognition of new maritime contracts as being within the jurisdiction of the Court, they cannot be applied without reference to what has historically been considered to be of a maritime nature when admiralty jurisdiction has been exercised to its greatest extent.

He went on to note the historical distinction between maritime torts and contracts, that is, that jurisdiction with respect to torts was necessarily bounded by locality, while jurisdiction with respect to contracts was not. He pointed out, at p. 243:

A maritime tort has been one committed on water and not on land, whereas a maritime contract, if it has the requisite general character because of its subject matter, may nevertheless be a maritime contract although it is to be performed on land.

At its height, the jurisdiction of the Court of Admiralty in England with respect to torts extended only to torts on the high seas, the British seas, and in ports within the ebb and flow of the tide (*De Lovio v. Boit* (1815), 2 Gall. 398 (U.S. Circuit Ct., Mass.), and *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co.*, *supra*). Le Dain J. concluded, at p. 244:

par la présente loi ou par toute autre loi du Parlement du Canada». Ce texte a fait l'objet de certaines analyses en Cour d'appel fédérale, mais nous n'avons pas encore eu à l'interpréter. Dans l'arrêt *Tropwood*, précité, le juge en chef Laskin n'a pas jugé nécessaire de l'examiner. Le juge en chef adjoint Thurlow a commenté cet aspect du droit maritime canadien dans la décision *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, précitée, tout comme l'a fait le juge Le Dain dans l'arrêt *Domestic Converters Corp. c. Arctic Steamship Line*, précité. Le juge en chef adjoint Thurlow semble avoir été d'avis que cette seconde partie de la définition du droit maritime canadien peut avoir introduit dans le droit maritime canadien le droit maritime qu'appliquait la Cour d'amirauté sous le règne d'Édouard III, antérieurement aux lois de Richard II et d'Henri IV (qui avaient eu pour effet de restreindre fortement la compétence de la Cour d'amirauté). Le juge Le Dain a exprimé, dans l'arrêt *Domestic Converters*, à la p. 240, l'opinion que:

Bien que ces termes permettent ... de reconnaître de nouveaux types de contrats maritimes comme soumis à la compétence de la Cour, ils ne peuvent être interprétés sans tenir compte de ce qui a été, dans le passé, considéré de nature maritime lorsque la compétence en amirauté était exercée dans toute son ampleur.

Il poursuit en soulignant la distinction historique entre les délits et les contrats maritimes, c'est-à-dire que la compétence en matière de délits était nécessairement liée au lieu où ils avaient été commis, alors que la compétence en matière contractuelle ne l'était pas. Il fait remarquer, à la p. 243:

Le délit maritime est celui qui a été commis sur mer et non sur terre, tandis que le contrat qui, de par son objet est maritime, peut rester un contrat maritime même s'il doit être exécuté à terre.

À son apogée, la compétence de la Cour d'amirauté d'Angleterre en matière de délits ne s'étendait qu'aux délits commis en haute mer, dans les eaux britanniques et dans les ports entre le flux et le reflux (*De Lovio v. Boit* (1815), 2 Gall. 398 (U.S. Circuit Ct., Mass.) et *MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co.*, précité. Le juge Le Dain conclut, à la p. 244:

It would be against the whole tradition of admiralty jurisdiction with respect to maritime torts to hold that a tort or delict committed on land is a maritime matter.

I would agree that the historical jurisdiction of the Admiralty courts is significant in determining whether a particular claim is a maritime matter within the definition of Canadian maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*. I do not go so far, however, as to restrict the definition of maritime and admiralty matters only to those claims which fit within such historical limits. An historical approach may serve to enlighten, but it must not be permitted to confine. In my view the second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law was adopted for the purpose of assuring that Canadian maritime law would include an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. As such, it constitutes a statutory recognition of Canadian maritime law as a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. Those matters are not to be considered as having been frozen by *The Admiralty Act, 1934*. On the contrary, the words "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*. I am aware in arriving at this conclusion that a court, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, must avoid encroachment on what is in "pith and substance" a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. It is important, therefore, to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence.

Turning to Miida's claim against ITO, it can be seen that it involves the negligence of a stevedore-terminal operator in the short-term storing of

Il serait contraire à toute la tradition en matière de compétence en amirauté sur les délits maritimes de conclure qu'un délit commis à terre est une affaire maritime.

Je suis d'accord pour dire que la compétence historique des cours d'amirauté est importante pour déterminer si une demande particulière est une matière maritime au sens qu'en donne la définition du droit maritime canadien que l'on trouve à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je n'irais pas cependant jusqu'à limiter la définition de matière maritime et d'amirauté aux seules demandes qui cadrent avec ces limites historiques. Une méthode historique peut servir à éclairer, mais ne saurait autoriser à limiter. À mon avis, la seconde partie de la définition que donne l'art. 2 du droit maritime canadien a été adoptée afin d'assurer que le droit maritime canadien comprenne une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. À ce titre, elle constitue une reconnaissance légale du droit maritime canadien comme ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d'amirauté. On ne saurait considérer ces matières comme ayant été figées par la *Loi d'amirauté, 1934*. Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. En réalité, l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je n'ignore pas, en tirant cette conclusion, que la cour, en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.

Pour en venir à la demande adressée par Miida contre ITO, on peut constater qu'elle met en cause la négligence dont aurait fait preuve un manuten-

goods within the port area pending delivery to the consignee. The *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529, established that the stevedoring function "is an integral part of carrying on the activity of shipping," (*per* Locke J. at p. 574). In that case, "stevedore" was employed as a compendious term by Kerwin C.J. to include the category of "shedmen". He defined the duties of shedmen, at p. 532, in these words:

The shedmen in general deliver cargo from the sheds to the tailboards of trucks or to railway car doors or receive cargo at these points and place it in the sheds and sometimes re-arrange the cargo in the sheds.

The work performed by the stevedores is also referred to by Locke J. at pp. 570-71. Part of that work involved the incidental storage of cargo.

Cargo of which immediate delivery is not taken by the consignee is placed in the company's sheds and delivery subsequently taken from there by the consignees in trucks or railway cars.

It is clear, in my view, that such incidental storage by the carrier itself or by a third party under contract to the carrier is also a matter of maritime concern by virtue of the "close, practical relationship of the terminal operation to the performance of the contract of carriage" (*per* Le Dain J. in the Court of Appeal). It may then be concluded that cargo-handling and incidental storage before delivery and before the goods pass from the custody of a terminal operator within the port area is sufficiently linked to the contract of carriage by sea to constitute a maritime matter within the ambit of Canadian maritime law, as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*.

At the risk of repeating myself, I would stress that the maritime nature of this case depends upon three significant factors. The first is the proximity of the terminal operation to the sea, that is, it is within the area which constitutes the port of Montreal. The second is the connection between the terminal operator's activities within the port area and the contract of carriage by sea. The third is

tionnaire acconier dans l'entreposage à court terme de marchandises à l'intérieur de la zone portuaire, en attendant leur livraison au destinataire. Dans *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529, la Cour a établi que la manutention [TRADUCTION] «est partie intégrante des transports maritimes,» (le juge Locke, à la p. 574). Dans cette affaire, le mot «manutentionnaire» était employé par le juge en chef Kerwin de manière à inclure la catégorie des «entreposeurs» dont il définit les responsabilités ainsi, à la p. 532:

[TRADUCTION] En général, les entreposeurs livrent la marchandise des hangars aux hayons des camions et aux portes des wagons de chemin de fer, ou bien, ils reçoivent la marchandise en ces lieux, la placent dans les hangars et parfois la déplacent dans les hangars.

Le juge Locke parle lui-aussi, aux pp. 570 et 571, du travail accompli par les manutentionnaires. Une partie de leurs tâches concerne l'entreposage accessoire.

[TRADUCTION] La marchandise dont on ne prend pas livraison immédiatement est placée dans les hangars de la compagnie et les destinataires en prennent subséquentement livraison par camions ou par wagons de chemin de fer.

Il est clair, à mon sens, que cet entreposage accessoire par le transporteur lui-même, ou par un tiers lié par contrat avec le transporteur, est aussi une affaire d'intérêt maritime en vertu du «rapport étroit existant en pratique entre le transit et l'exécution du contrat de transport» (le juge Le Dain en Cour d'appel). On peut donc conclure que la manutention et l'entreposage accessoire, avant la livraison et pendant que la marchandise reste sous la garde d'un acconier dans la zone portuaire, est suffisamment liée au contrat de transport maritime pour constituer une affaire maritime qui relève du droit maritime canadien, au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Au risque de me répéter, je tiens à souligner que la nature maritime de l'espèce dépend de trois facteurs importants. Le premier est le fait que les activités d'acconage se déroulent à proximité de la mer, c'est-à-dire dans la zone qui constitue le port de Montréal. Le second est le rapport qui existe entre les activités de l'acconier dans la zone portuaire et le contrat de transport maritime. Le

the fact that the storage at issue was short-term pending final delivery to the consignee. In my view, it is these factors, taken together, which characterize this case as one involving Canadian maritime law.

Having found that Miida's claim against ITO falls within the scope of Canadian maritime law, the question then arises as to the substantive content of that law. Canadian maritime law, as a body of substantive law, encompasses the principles of English maritime law as they were developed and applied in the Admiralty Court of England (*The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, *supra*, and authorities cited therein, pp. 683-84. In 1934 when, as has been noted, a body of admiralty law from England was incorporated into Canadian law, the Admiralty side of the High Court of Justice had jurisdiction in cases of contract and tort which were considered to be admiralty matters. In dealing with such cases, the court applied the necessary common law principles of tort and contract in order to resolve the issues. Common law rules of negligence, for example, were applied in collision cases ("*Cuba*" (*The*) *v. McMillan* (1896), 26 S.C.R. 651, at pp. 661-62, and E. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), at p. 146). Bailment principles were applied in loss of cargo cases ("*Winkfield*" (*The*), [1902] P. 42 (C.A.)) Thus, the body of admiralty law, which was adopted from England as Canadian maritime law, encompassed both specialized rules and principles of admiralty and the rules and principles adopted from the common law and applied in admiralty cases as these rules and principles have been, and continue to be, modified and expanded in Canadian jurisprudence. (See, for example, the judgment of this Court in *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363, in which common law principles of negligence and contract law were employed to resolve the appeal.)

troisième est le fait que l'entreposage en cause était à court terme en attendant la livraison finale des marchandises au destinataire. À mon avis, ce sont ces facteurs qui, pris ensemble, permettent de caractériser la présente affaire comme mettant en cause du droit maritime canadien.

Ayant conclu que la demande formée par Miida contre ITO relève du droit maritime canadien, la question du contenu de ce droit sur le plan du fond se pose ensuite. Le droit maritime canadien, en tant qu'ensemble de règles de fond, englobe les principes du droit maritime anglais élaborés et appliqués par la Cour d'amirauté d'Angleterre (*La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, précité, et la jurisprudence qui y est citée, pp. 683 et 684). En 1934, lorsque, comme je l'ai déjà noté, un ensemble de règles de droit maritime d'Angleterre a été incorporé dans le droit canadien, la Haute Cour de justice, en sa juridiction d'amirauté, pouvait connaître des affaires contractuelles et délictuelles considérées comme des affaires en matière d'amirauté. En examinant ces affaires, la cour a appliqué les principes de *common law* en matière délictuelle et contractuelle nécessaires à la résolution des points litigieux. Les règles de *common law* en matière de négligence, par exemple, étaient appliquées dans les affaires d'abordage ("*Cuba*" (*The*) *v. McMillan* (1896), 26 R.C.S. 651, aux pp. 661 et 662) et E. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), à la p. 146.) Les principes en matière de dépôt ont été appliqués dans les affaires de perte de cargaison ("*Winkfield*" (*The*), [1902] P. 42 (C.A.)) Ainsi, l'ensemble de règles de droit maritime qui a été emprunté à l'Angleterre pour constituer le droit maritime canadien englobait à la fois les règles et principes spéciaux en matière d'amirauté et les règles et principes puisés dans la *common law* et appliqués aux affaires d'amirauté selon que ces règles et principes ont été, et continuent d'être, modifiés et élargis dans la jurisprudence canadienne. (Voir, par exemple, l'arrêt de cette Cour *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363, où les principes de *common law* en matière de négligence et de droit des contrats ont été utilisés pour résoudre le pourvoi.)

Canadian maritime law then is the existing body of federal law which is essential to the disposition of this case and which nourishes the jurisdiction granted to the Federal Court in s. 22 of the *Federal Court Act*. Thus the second requirement for a finding of jurisdiction in the Federal Court is established. The third requirement that the law in question must be a law of Canada, as that expression is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, is also met because Canadian maritime law and other laws dealing with navigation and shipping come within s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, thus confirming federal legislative competence.

I would, therefore, conclude that the Federal Court has jurisdiction to entertain the claims of Miida against both Mitsui and ITO.

Questions regarding the uniformity of Canadian maritime law and the incidental application of provincial law by the Federal Court have also been raised by the parties. Though these arguments were adduced under the heading "Choice of Law" in the factums, I think it better to avoid use of that term because of its particular meaning in the context of the law of conflicts. It is quite clear that this is not a case involving conflict of laws issues. Once it has been determined that a matter is governed by constitutionally valid federal law, as in this case, then the relevant legal unit is Canada and not a particular province. Federal law is not foreign law *vis-à-vis* the law of a province since it is an integral part of the law of each province and territory. This question is covered by J.-G. Castel in the second edition of his text, *Canadian Conflict of Laws*, at p. 4, in these terms:

2. Territorial and legal units

In a federal state like Canada, for the purposes of conflict of laws, each of the ten provinces and two territories is a territorial unit as well as a legal unit possessing its own provincial or territorial system of conflict of laws. In addition to the twelve systems of conflict of laws operating in the provinces and territories, there is a federal system of conflict of laws operat-

Le droit maritime canadien est donc cet ensemble de règles de droit fédérales existantes qui est essentiel à la solution de l'espèce et qui constitue le fondement de la compétence attribuée à la Cour fédérale par l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ainsi, la seconde condition nécessaire pour conclure que la Cour fédérale a compétence se trouve remplie. La troisième condition, savoir que la loi en question soit une loi du Canada au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est aussi remplie du fait que le droit maritime canadien et les autres lois qui portent sur la navigation et les expéditions par eau relèvent du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, confirmant ainsi la compétence législative fédérale.

Je conclus donc que la Cour fédérale a compétence pour instruire les demandes formées par Miida contre à la fois Mitsui et ITO.

Les parties ont également soulevé des questions concernant l'uniformité du droit maritime canadien et l'application accessoire des lois provinciales par la Cour fédérale. Bien que ces arguments aient été soumis sous la rubrique «*Choice of Law*» («le droit applicable») dans les mémoires, je crois qu'il vaut mieux éviter d'utiliser cette expression en raison du sens particulier qu'elle a dans le contexte du droit international privé. Il est très clair que cette affaire ne soulève pas des questions de droit international privé. Dès qu'il est établi qu'une question est régie par une loi fédérale valide sur le plan constitutionnel, comme c'est le cas en l'espèce, l'entité juridique importante est alors le Canada et non une province en particulier. Le droit fédéral ne constitue pas du droit étranger par rapport à celui d'une province, puisqu'il fait partie intégrante du droit de chaque province et de chaque territoire. Cette question est traitée ainsi par J.-G. Castel dans la seconde édition de son essai, *Canadian Conflict of Laws*, à la p. 4:

[TRANSCRIPTION] 2. Entités territoriales et juridiques

Dans un État fédéral comme le Canada, aux fins du droit international privé, chacune des dix provinces et chacun des deux territoires constitue à la fois une entité territoriale et une entité juridique qui possède son propre régime de droit international privé. Outre les douze régimes de droit international privé qu'on trouve dans les provinces et les territoires, il existe un régime fédéral

ing inside the international territorial limits of the country as a whole with respect to matters which, under the Canadian constitution, come within the jurisdiction of the federal Parliament. This means that in some cases Canada also is a legal unit. Thus, each province or territory is a legal unit except as to matters governed by federal law, and Canada is a legal unit except as to matters governed by provincial or territorial law.

Of course, the individual principles and rules of conflict of laws form an integral part of the branch of the law to which they relate, be it federal or provincial in nature. Any law other than the law of the particular territorial legal unit in which the court, adjudicating a dispute containing legally relevant foreign elements, sits, is "foreign law." However, in Canada, federal law, which for the purpose of the subject matter discussed here means conflict of laws rules found in federal statutes, is not "foreign law" since it is an integral part of the law of each province and territory.

Dealing first then with the issue of uniformity, ITO advanced the argument that the Quebec *Civil Code* has been federally incorporated as part of the law of Canada and in admiralty cases in Quebec is applicable as Canadian maritime law. Reliance is placed on s. 129 of the *Constitution Act, 1867* and s. 42 of the *Federal Court Act*. The sections are reproduced hereunder:

Constitution Act, 1867

129. Except as otherwise provided by this Act, all Laws in force in Canada, Nova Scotia, or New Brunswick at the Union, and all Courts of Civil and Criminal Jurisdiction, and all legal Commissions, Powers, and Authorities, and all Officers, Judicial, Administrative, and Ministerial, existing therein at the Union, shall continue in Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick respectively, as if the Union had not been made; subject nevertheless (except with respect to such as are enacted by or exist under Acts of the Parliament of Great Britain or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland,) to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the respective Province, according to the Authority of the Parliament or of that Legislature under this Act.

de droit international privé applicable, à l'intérieur des frontières territoriales internationales du pays dans son ensemble, aux questions qui en vertu de la Constitution canadienne, relèvent de la compétence du Parlement fédéral. Cela signifie que, dans certains cas, le Canada constitue également une entité juridique. Ainsi, chaque province ou territoire est une entité juridique sauf en ce qui concerne les questions régies par le droit fédéral, et le Canada est une entité juridique sauf en ce qui concerne les questions régies par le droit d'une province ou d'un territoire.

Il va sans dire que chaque principe ou règle de droit international privé fait partie intégrante de la branche du droit auquel il ou elle se rapporte, qu'il soit de nature fédérale ou provinciale. Tout droit autre que celui de l'entité territoriale et juridique où siège la cour qui statue sur un différend qui comporte des éléments étrangers juridiquement importants, est du «droit étranger». Au Canada toutefois, le droit fédéral, qui pour les fins du sujet examiné en l'espèce, signifie «règles de droit international privé qui se trouvent dans des lois fédérales», ne constitue pas du «droit étranger» puisqu'il fait partie intégrante du droit de chaque province et territoire.

Examinons d'abord la question de l'uniformité. ITO fait valoir que le *Code civil* du Québec a été incorporé aux lois du Canada par le fédéral et que, dans les affaires maritimes au Québec, il s'applique à titre de droit maritime canadien. On invoque l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 42 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ces articles sont reproduits ci-après:

Loi constitutionnelle de 1867

129. Sauf disposition contraire de la présente loi, toutes les lois en vigueur au Canada, en Nouvelle-Écosse ou au Nouveau-Brunswick lors de l'Union, tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle, les commissions, pouvoirs et autorités ayant force légale, et les fonctionnaires judiciaires, administratifs et ministériels, en exercice dans ces provinces lors de l'Union, le demeureront dans les provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick respectivement, comme si l'Union n'avait pas eu lieu. Ils pourront néanmoins (sauf ce que peuvent prévoir des lois du Parlement de la Grande-Bretagne ou du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande) être révoqués, abolis ou modifiés, selon le cas, par le Parlement du Canada, ou par la législature de la province respective, conformément à l'autorité du Parlement ou de cette législature en vertu de la présente loi.

Federal Court Act

42. Canadian maritime law as it was immediately before the 1st day of June 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this or any other Act.

Section 129 does not, in my opinion, support an argument for referential incorporation of provincial law. The effect of the section is to preserve in force after the Union the laws which existed in the various provinces before the Union, but as to future repeal or amendment of such laws after the Union, the s. 91 and s. 92 division of powers was to apply. This section has rather an opposite effect from that contended for. It separates the laws into the separate spheres of legislative competence created by the Union, rather than causing any federal incorporation. See, on this point, the words of Jackett C.J. in *Associated Metals and Minerals Corp. v. The "Evie W"*, [1978] 2 F.C. 710 (C.A.), at pp. 713-14. Section 42 cannot be considered a referential incorporation of provincial law or a re-enactment of provincial law. It is clearly only a continuation of law provision.

It is my view, as set out above, that Canadian maritime law is a body of federal law encompassing the common law principles of tort, contract and bailment. I am also of the opinion that Canadian maritime law is uniform throughout Canada, a view also expressed by Le Dain J. in the Court of Appeal who applied the common law principles of bailment to resolve Miida's claim against ITO. Canadian maritime law is that body of law defined in s. 2 of the *Federal Court Act*. That law was the maritime law of England as it has been incorporated into Canadian law and it is not the law of any province of Canada. This question was raised in the dissenting judgments of Cartwright and Ritchie JJ. in *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] S.C.R. 144. That case involved an action brought in the Exchequer Court by a party to a charter party made in New York containing a provision that disputes under the charter party would be resolved by arbitration in New York. The charter party pro-

Loi sur la Cour fédérale

42. Le droit maritime canadien existant immédiatement avant le 1^{er} juin 1971 reste en vigueur sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées par la présente loi ou toute autre loi.

À mon avis, l'article 129 ne justifie pas l'argument de l'incorporation du droit provincial par renvoi. Cet article a pour effet de maintenir en vigueur après l'Union les lois qui existaient dans les diverses provinces avant l'Union, mais pour ce qui est de l'abrogation ou de la modification futures de ces lois après l'Union, c'est le partage des pouvoirs établi par les art. 91 et 92 qui doit s'appliquer. L'article a plutôt l'effet opposé de celui qu'on lui prête. Il sépare les lois en domaines distincts de compétence législative créés par l'Union plutôt que d'engendrer quelque incorporation au droit fédéral. Voir à ce sujet les observations du juge en chef Jackett dans l'arrêt *Associated Metals and Minerals Corp. c. L'«Evie W»*, [1978] 2 C.F. 710 (C.A.), aux pp. 713 et 714. On ne saurait considérer que l'art. 42 effectue une incorporation du droit provincial par renvoi ou une nouvelle adoption du droit provincial. Ce n'est manifestement qu'une disposition de maintien en vigueur du droit existant.

Je suis d'avis, comme je viens de l'expliquer, que le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt. Je suis aussi d'avis que le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada, un point de vue partagé par le juge Le Dain de la Cour d'appel qui a appliqué les principes de *common law* en matière de dépôt pour résoudre la demande de Miida contre ITO. Le droit maritime canadien est l'ensemble de règles de droit que définit l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce droit, c'est le droit maritime d'Angleterre qui a été incorporé au droit canadien; ce n'est pas le droit d'une province canadienne. Cette question a déjà été soulevée dans les motifs de dissidence des juges Cartwright et Ritchie dans l'affaire *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144. Cette affaire portait sur une action intentée en Cour de l'Échiquier par l'une des parties à une charte-partie rédigée à New

vided that a vessel would pick up a cargo of grain at Montreal for ocean shipment. The vessel failed to come to Montreal and action for damages was commenced by the plaintiff. The plaintiff succeeded in the lower courts and the appeal of the defendant was dismissed in the Supreme Court of Canada. Speaking for the majority (Taschereau C.J., Fauteux and Abbott JJ.), Fauteux J. found that there was jurisdiction in the Exchequer Court and held that the arbitration provision in the charter party dealt with procedural matters which were subject to the *lex fori*, applied Quebec law in finding that such an arbitration provision in a contract was contrary to public policy in the Province of Quebec, and dismissed the appeal. Cartwright and Ritchie JJ. wrote separate reasons concurring in a dissent. Cartwright J., as he then was, considered that the arbitration provision was substantive and that it should have its effect, recognizing its applicability in English law which had been adopted in Canada as part of Canadian admiralty law. He said, at p. 153-54:

The substantive law applied by the Exchequer Court on its Admiralty side is, of course, the same throughout Canada and does not vary according to the Admiralty District in which the cause of action arises, but, by the combined effect of Admiralty Rule 215 and Exchequer Court Rule 2(1)(b), the practice and procedure, where it is not otherwise provided by any Act of the Parliament of Canada or any general rule or order of the Court, shall:

(b) If the cause of action arises in the Province of Quebec, conform to and be regulated, as near as may be, by the practice and procedure at the time in force in similar suits, actions and matters in Her Majesty's Superior Court for the Province of Quebec; and if there be no similar suit, action or matter therein, then conform to and be regulated by the practice and procedure at the time in force in similar suits, actions and matters in Her Majesty's Supreme Court of Judicature in England.

York et contenant une clause stipulant que les différends au sujet de la charte-partie seraient résolus par arbitrage à New York. La charte-partie prévoyait qu'un navire viendrait chercher une cargaison de grains à Montréal à destination d'outre-mer. Le navire ne vint pas à Montréal et une action en dommages-intérêts fut intentée par la demanderesse. La demanderesse a eu gain de cause devant les tribunaux d'instance inférieure et le pourvoi de la défenderesse a été rejeté par la Cour suprême du Canada. S'exprimant au nom de la Cour à la majorité (le juge en chef Taschereau et les juges Fauteux et Abbott), le juge Fauteux a conclu que la Cour de l'Échiquier avait compétence et a jugé que la clause compromissoire de la charte-partie traitait de questions de procédure qui étaient assujetties à la *lex fori*; il a donc appliqué le droit québécois pour constater qu'une telle clause compromissoire dans un contrat était contraire à l'ordre public dans la province de Québec et il a rejeté le pourvoi. Les juges Cartwright et Ritchie ont rédigé des motifs de dissidence distincts quoique concordants. Le juge Cartwright, alors juge puiné, a estimé que la clause compromissoire portait sur le fond et qu'elle devait s'appliquer, reconnaissant son applicabilité dans le droit anglais qui avait été adopté au Canada comme partie du droit maritime canadien. Il dit, aux pp. 153 et 154:

[TRADUCTION] Les règles de fond qu'applique la Cour de l'Échiquier, en sa juridiction d'amirauté, sont naturellement les mêmes partout au Canada et ne varient pas selon le district d'amirauté où naît la cause d'action mais, par l'effet combiné de la règle d'amirauté 215 et de la règle 2(1)b) de la Cour de l'Échiquier, lorsque aucune autre loi du Parlement du Canada ni aucune règle ou ordonnance générales de la cour ne le prévoit,

(b) Si la cause d'action prend naissance dans la province de Québec, la pratique et la procédure doivent se conformer, autant que possible, à celles qui sont alors en vigueur dans des poursuites, actions et matières semblables devant la Cour supérieure de Sa Majesté pour la province de Québec et être régies par ces dernières; et, en l'absence de toute poursuite, action ou matière semblable dans ladite cour, la pratique et la procédure doivent se conformer à celles qui sont alors en vigueur dans des poursuites, actions et matières semblables devant la Cour suprême de justice de Sa Majesté en Angleterre et être régies par ces dernières.

Ritchie J. was in agreement with Cartwright J., that the appeal should succeed, and in his separate reasons said, at p. 163:

It appears to me to be clear from the *Admiralty Act* that the substantive law to be applied by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side is by the very nature of the jurisdiction conferred by that Statute required to be the same in the various Admiralty District Courts which have been established to exercise it.

In my opinion, the force of these comments is not weakened because they were uttered in dissent. They deal with a question which was not specifically dealt with by the majority. In fact, in concluding his reasons for the majority, Fauteux C.J. said of the dissenting judgments, at p. 152:

... they do not, in my respectful view, affect the basis upon which the opinion I have formed has been reached.

The matter is further considered by Jackett C.J. in *Associated Metals and Minerals Corp. v. The "Evie W"*, *supra*, at pp. 716-17.

I turn then to the question of the application of provincial law by the Federal Court and to the argument that the adoption of *Civil Code* art. 1053 (delict) for the determination of the issue of negligence, and art. 1029 (*stipulation pour autrui*), as far as the Himalaya clause is concerned, would merely be an incidental application of provincial law for the resolution of a particular dispute.

The Federal Court is constituted for the better administration of the laws of Canada. It is not, however, restricted to applying federal law in cases before it. Where a case is in "pith and substance" within the court's statutory jurisdiction, the Federal Court may apply provincial law incidentally necessary to resolve the issues presented by the parties; see *Kellogg Co. v. Kellogg*, [1941] S.C.R. 242, where, in a case involving a dispute over patent rights, the effect of an employment contract had to be considered in the Federal Court, and see as well: *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, *supra*, where Laskin C.J. suggested that the provincial law of contribution indemnity

Le juge Ritchie a convenu avec le juge Cartwright, que le pourvoi devait être accueilli; dans des motifs distincts, il dit, à la p. 163:

[TRADUCTION] Il me paraît manifeste d'après la *Loi d'amirauté* que les règles de fond que doit appliquer la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, sont, de par la nature même de la compétence que lui attribue cette loi, nécessairement les mêmes dans les diverses cours de district d'amirauté établies pour l'exercer.

À mon avis, la force persuasive de ces observations n'est pas atténuée du fait qu'elles ont été faites en dissidence. Elles portent sur une question qui n'a pas été expressément traitée par les juges formant la majorité. En fait, en concluant les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour à la majorité, le juge en chef Fauteux affirme, au sujet des opinions dissidentes, à la p. 152:

[TRADUCTION] ... elles n'influent pas, à mon humble avis, sur le fondement de l'opinion que je me suis faite.

Le juge en chef Jackett a examiné davantage cette question dans l'affaire *Associated Metals and Minerals Corp. c. L'«Evie W»*, précitée, aux pp. 716 et 717.

Je passe maintenant à la question de l'application du droit provincial par la Cour fédérale et à l'argument portant que le recours à l'art. 1053 du *Code civil* (délits, quasi-délits) pour statuer sur la question de la négligence, et à l'art. 1029 (*stipulation pour autrui*) en ce qui concerne la clause Himalaya, ne constitueraient qu'une application accessoire du droit provincial à la solution d'un différend particulier.

La Cour fédérale est constituée pour la meilleure administration des lois du Canada. Elle n'est pas cependant restreinte à l'application du droit fédéral aux affaires dont elle est saisie. Lorsqu'une affaire relève, de par son «caractère véritable», de sa compétence légale, la Cour fédérale peut appliquer accessoirement le droit provincial nécessaire à la solution des points litigieux soumis par les parties: voir *Kellogg Co. v. Kellogg*, [1941] R.C.S. 242, un litige concernant des droits de brevet où la Cour fédérale était appelée à examiner l'effet d'un contrat de travail, et voir aussi l'arrêt *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, précité, où le juge en chef Laskin a proposé que le droit

may be applied by the Federal Court where jurisdiction is otherwise founded on federal law.

It is argued that in the absence of a special Admiralty rule or provision the law enforced in the locality of the proceedings applies. This is the result, it is contended, of the adoption of an incomplete body of law from a unitary state into a federal system. Since the common law of negligence and bailment may be incidentally applied in Admiralty cases, so also may the *Civil Code* be incidentally applied in cases arising in the Province of Quebec. The answer to this argument may be shortly stated. Canadian maritime law as adopted in Canada historically, and as finally brought into Canadian law by s. 2 of the *Federal Court Act*, includes common law principles as they are applied in Admiralty matters. Thus, as discussed above, common law principles so incorporated are federal law and not an incidental application of provincial law.

In conclusion then it may be said that the common law principles of negligence and bailment have become part of Canadian maritime law by adoption from England. Accordingly, *Le Dain J.*, in applying the common law principles of bailment and negligence, adopted the right course. In addition, this conclusion serves the practical interest of uniformity in Canadian admiralty and marine law.

The Himalaya Clause

As mentioned above, the bill of lading contained limitation of liability clauses in clauses 8 and 18 and a Himalaya clause in clause 4 seeking to extend the immunity granted to the carrier to those it employed in connection with the shipment and unloading of the cargo. Clause 4 in this case specifically includes the stevedore as a beneficiary of the clause. It becomes necessary now to consider whether Himalaya clauses are to be accepted as a feature of Canadian maritime law and, further, to

provincial de l'indemnité compensatoire soit appliqué par la Cour fédérale lorsque, par ailleurs, elle a compétence en vertu du droit fédéral.

^a On fait valoir qu'en l'absence d'une règle ou d'une disposition particulière de droit maritime, la loi du lieu où se déroulent les procédures s'applique. Cela résulte, soutient-on, de l'incorporation dans un régime fédéral d'un ensemble de règles de droit incomplet emprunté à un État unitaire. ^b Comme les principes de *common law* en matière de négligence et de dépôt peuvent être appliqués accessoirement dans les affaires d'amirauté, de même le *Code civil* peut être appliqué accessoirement dans les litiges qui ont pris naissance dans la province de Québec. On peut répondre brièvement à cet argument. Le droit maritime canadien, tel qu'adopté historiquement au Canada, puis finalement incorporé dans le droit canadien par l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, inclut les principes de *common law* qui s'appliquent en matière d'amirauté. Ainsi, comme le montre l'analyse qui précède, les principes de *common law* ainsi incorporés ^c constituent du droit fédéral et non une application accessoire du droit provincial. ^d

En conclusion, on peut donc dire que les principes de *common law* en matière de négligence et de dépôt ont été empruntés à l'Angleterre et font maintenant partie du droit maritime canadien. C'est pourquoi le juge *Le Dain*, en appliquant les principes de *common law* en matière de dépôt et de négligence, a choisi la bonne voie. En outre, cette conclusion permet, sur le plan pratique, de favoriser l'uniformité du droit canadien en matière maritime et d'amirauté. ^e

^h La clause Himalaya

Comme je l'ai déjà dit, le connaissement comporte des clauses de limitation de responsabilité, soit les clauses 8 et 18, ainsi qu'une clause Himalaya, la clause 4, dans laquelle on cherche à étendre l'immunité accordée au transporteur à ceux qu'il emploie relativement au chargement et au déchargement de la cargaison. La clause 4 en l'espèce inclut expressément le manutentionnaire comme bénéficiaire de la clause. Il devient maintenant nécessaire d'examiner si les clauses Himalaya ⁱ

decide whether clause 4 in the facts of this case would be effective to relieve ITO of liability.

The question of whether a Himalaya clause can be effective in Canadian law to permit a stevedore-terminal operator to claim the same exemptions as are allowed the carrier under a bill of lading is one which has not been directly addressed in this Court despite the great interest it has provoked in the courts of the Commonwealth and the United States and in the academic journals: see F. Dawson, "Himalaya Clauses, Consideration and Privity of Contract" (1975), 6 *N.Z.U.L.R.* 161; S. Waddams, *Comments* (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 327; W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, Chapter 13 "The Himalaya Clause—Heresy or Genius?" (2nd ed., 1978); P. Clarke, "The Reception of The Eurymedon Decision in Australia, Canada and New Zealand" (1980), 29 *Int'l and Comp. L.Q.* 132; M. Tedeschi, "Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd." (1981), 55 *A.L.J.* 876. These comments have revealed a gap between contractual theory and commercial reality and it appears that the weight of opinion in commercial circles favours, at least in general terms, the adoption or recognition of the Himalaya clause.

The stumbling block which has obstructed the course of the development of the Himalaya clause seems to have been the common law notion of privity of contract and the difficulty it has caused common law lawyers in accepting the general proposition that a stevedore not a party to the contract contained in the bill of lading should be entitled to take the benefit of the immunity clauses in the contract. The House of Lords in *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, [1962] A.C. 446, held, that the Himalaya clause could not have the effect of extending a carrier's limitation of liability to a stevedore, in an action in tort by a consignee for damage to the cargo by negligence during unloading. Viscount Simons, with whom Lord Reid, Lord Keith and Lord Morris of Borth-y-Gest agreed (Lord Denning dissenting), put his decision

sont acceptables en droit maritime canadien et, en outre, de décider si la clause 4, compte tenu des faits de l'espèce, a pour effet de dégager ITO de toute responsabilité.

La question de savoir si la clause Himalaya peut en droit canadien permettre au manutentionnaire acconier de réclamer les mêmes exemptions que celles accordées au transporteur par le connaissement, n'a jamais été étudiée directement par la Cour suprême, malgré l'énorme intérêt qu'elle a suscitée devant les tribunaux du Commonwealth et des États-Unis, ainsi que dans la doctrine: voir F. Dawson, «Himalaya Clauses, Consideration and Privity of Contract» (1975), 6 *N.Z.U.L.R.* 161; S. Waddams, *Commentaires* (1977), 55 *R. du B. can.* 327; W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, chapitre 13, «The Himalaya Clause—Heresy or Genius?», (2nd ed., 1978); P. Clarke, «The Reception of The Eurymedon Decision in Australia, Canada and New Zealand» (1980), 29 *Int'l and Comp. L.Q.* 132; M. Tedeschi, «Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd.» (1981), 55 *A.L.J.* 876. Ces analyses ont révélé l'existence d'un écart entre la théorie en matière contractuelle et la réalité commerciale et il appert que, dans les milieux commerciaux, on semble en majorité favoriser, tout au moins de manière générale, l'adoption ou la reconnaissance de la clause Himalaya.

La pierre d'achoppement qui a fait obstacle au développement de la clause Himalaya semble avoir été la notion de *common law* des liens contractuels et la difficulté que les avocats formés en *common law* éprouvent à accepter le principe général qu'un manutentionnaire, non partie au contrat constaté par le connaissement, puisse profiter des clauses de non-responsabilité que ce contrat comporte. La Chambre des lords, dans son arrêt *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, [1962] A.C. 446, a jugé que la clause Himalaya ne pouvait avoir pour effet d'étendre au manutentionnaire la limitation de responsabilité du transporteur, dans une action en responsabilité délictuelle intentée par le destinataire, pour des dommages causés par négligence à la cargaison au cours du déchargement. Le vicomte Simons, avec lequel lord Reid, lord Keith

on what he termed "an elementary principle" that only the parties to a contract could sue upon it. He held that there was no basis for a finding that the stevedore was by implication a party to the contract or that the carrier had contracted as the agent of the stevedore and that the exemption of the carrier would not, therefore, avail the stevedore. This case was followed in this Court in *Canadian General Electric Co. v. Pickford & Black Ltd.*, [1971] S.C.R. 41, where a claim was made against the stevedore for damage to a cargo by negligent stowage, but in *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie*, [1980] 2 S.C.R. 228, exceptions to the strict rule of privity were inferentially recognized.

In *Midland Silicones, supra*, Lord Reid, while agreeing with the majority that the appeal of the stevedore failed, nevertheless left open a route which could be followed by a stevedore seeking the benefit of an exception clause in a bill of lading. He said, at p. 474, after referring to the argument raised by the stevedore, that the carrier had contracted for them as an agent in the bill of lading:

I can see a possibility of success of the agency argument if (first) the bill of lading makes it clear that the stevedore is intended to be protected by the provisions in it which limit liability, (secondly) the bill of lading makes it clear that the carrier, in addition to contracting for these provisions on his own behalf, is also contracting as agent for the stevedore that these provisions should apply to the stevedore, (thirdly) the carrier has authority from the stevedore to do that, or perhaps later ratification by the stevedore would suffice, and (fourthly) that any difficulties about consideration moving from the stevedore were overcome.

In 1975, the matter again came up for discussion: this time in the Judicial Committee of the Privy Council in the case of *New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The "Eurymedon")*,

et lord Morris of Borth-y-Gest étaient d'accord (lord Denning étant dissident), fonde sa décision sur ce qu'il appelle [TRADUCTION] «de principe élémentaire» portant que seules les parties au contrat peuvent l'invoquer pour poursuivre. Il a jugé que rien ne permettait de conclure que le manutentionnaire était implicitement partie au contrat ou que le transporteur a contracté à titre de mandataire du manutentionnaire, et que le manutentionnaire ne peut donc se prévaloir de l'exemption du transporteur. Cet arrêt a été suivi par la Cour dans *Canadian General Electric Co. c. Pickford & Black Ltd.*, [1971] R.C.S. 41, où une action avait été intentée contre un manutentionnaire pour les dommages causés à la cargaison par suite de la négligence dont il aurait fait preuve dans son arrimage, mais dans l'arrêt *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228, certaines exceptions à la règle stricte des liens contractuels ont été tacitement reconnues.

Dans l'arrêt *Midland Silicones*, précité, lord Reid, tout en convenant avec la majorité que l'appel interjeté par le manutentionnaire devait échouer, a néanmoins laissé ouverte une avenue que pourrait emprunter le manutentionnaire qui cherche à profiter de la clause dérogatoire d'un connaissement. Il dit, à la p. 474, après avoir mentionné l'argument soulevé par le manutentionnaire, que le transporteur a contracté en son nom à titre de mandataire dans le connaissement:

[TRADUCTION] Selon moi, l'argument du mandataire a une chance de succès si (premièrement) le connaissement énonce clairement que ses dispositions limitant la responsabilité visent à protéger le manutentionnaire, (deuxièmement) si le connaissement énonce clairement que le transporteur, en plus de convenir par contrat que ces dispositions s'appliqueront à lui-même, convient aussi à titre de mandataire du manutentionnaire qu'elles s'appliqueront au manutentionnaire, (troisièmement) si le transporteur a l'autorisation du déchargeur d'agir ainsi (ou peut-être qu'une ratification du manutentionnaire suffira), et (quatrièmement) si toutes les difficultés concernant la contrepartie provenant du manutentionnaire sont surmontées.

En 1975, la question s'est posée à nouveau, cette fois au Comité judiciaire du Conseil privé saisi de l'affaire *New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The "Eurymedon")*, [1975]

[1975] A.C. 154, which case considered the question of an action in negligence against the stevedore for damage to goods being unloaded. The Judicial Committee gave effect to a Himalaya clause which was contained in the bill of lading, and held that the stevedore was entitled to rely on a clause in the bill of lading which barred actions not brought within one year. Lord Wilberforce, who spoke for the majority, relied upon the passage quoted above from the speech of Lord Reid in *Midland Silicones* and held that, as agent, the carrier had contracted for the same exemptions for the stevedore as for itself. In that case the defendant stevedore had a standing arrangement with the carrier to act as its stevedore and it was found to have authorized the carrier to contract on its behalf. This would comply with Lord Reid's first three conditions. The fourth condition was satisfied as well. Lord Wilberforce, at pp. 167-68, in a passage which I consider worth reproducing at some length recognized that there was no principle of *jus tertii* to be applied in English law, but nothing that the whole arrangement was of a commercial nature and purpose endeavoured to give it a realistic construction. He said that:

If the choice, and the antithesis, is between a gratuitous promise, and a promise for consideration, as it must be in the absence of a tertium quid, there can be little doubt which, in commercial reality, this is. The whole contract is of a commercial character, involving service on one side, rates of payment on the other, and qualifying stipulations as to both. The relations of all parties to each other are commercial relations entered into for business reasons of ultimate profit. To describe one set of promises, in this context, as gratuitous, or *nudum pactum*, seems paradoxical and is *prima facie* implausible. It is only the precise analysis of this complex of relations into the classical offer and acceptance, with identifiable consideration, that seems to present difficulty, but this same difficulty exists in many situations of daily life, e.g., sales at auction; supermarket purchases; boarding an omnibus, purchasing a train ticket; tenders for the supply of goods; offers of rewards; acceptance by post; warranties of authority by agents; manufacturers' guarantees; gratuitous bailments; bankers' commercial credits. These are all examples which show that English law, having committed itself to a rather technical and

A.C. 154, où il était question d'une action en responsabilité délictuelle, intentée contre le manutentionnaire, pour dommages causés à la marchandise lors du déchargement. Le Comité judiciaire a appliqué la clause Himalaya que contenait le connaissement et jugé que le manutentionnaire pouvait invoquer la prescription annale stipulée au connaissement. Lord Wilberforce, s'exprimant au nom de la majorité, s'est appuyé sur le passage qui vient d'être cité de lord Reid dans l'arrêt *Midland Silicones* et a jugé que, à titre de mandataire, le transporteur avait contracté les mêmes exemptions pour le manutentionnaire que pour lui-même. Dans cette affaire, le manutentionnaire défendeur avait conclu un arrangement permanent avec le transporteur pour lui servir de manutentionnaire et on a conclu qu'il avait autorisé le transporteur à contracter en son nom, ce qui était conforme aux trois premières conditions de lord Reid. La quatrième condition était remplie elle aussi. Lord Wilberforce, aux pp. 167 et 168, dans un passage qu'il vaut la peine, à mon sens, de reproduire en grande partie, a reconnu qu'il n'existait pas de principe de *jus tertii* applicable en droit anglais, mais soulignant que l'ensemble de l'arrangement était d'une nature et pour une fin commerciales, il a tenté de lui donner une interprétation réaliste. Voici ce qu'il a dit:

[TRADUCTION] Si le choix et l'antithèse sont entre un engagement à titre gratuit et un engagement avec contrepartie, comme ce doit être le cas en l'absence d'une troisième option, il n'y a guère de doute, dans la réalité commerciale, quant à la réponse. L'ensemble du contrat est de nature commerciale, comportant d'une part un service et, de l'autre, des taux de paiement, avec des réserves quant aux deux. Les rapports qu'ont toutes les parties les unes envers les autres sont des rapports commerciaux et si l'on s'est ainsi mis en rapport, c'est pour des raisons d'affaires et ultimement de profit. Décrire un ensemble d'engagements dans ce contexte comme à titre gratuit, ou comme un *nudum pactum*, semble paradoxal et est invraisemblable de prime abord. Ce n'est que l'analyse précise de cet ensemble de rapports en offre et acceptation classiques, avec une contrepartie identifiable, qui semble présenter de la difficulté, mais cette même difficulté existe dans bien des situations de la vie quotidienne, comme par exemple, les ventes aux enchères, les achats de centres commerciaux, l'action de monter dans un autobus, l'achat d'un billet de chemin de fer, les soumissions pour la fourniture de

schematic doctrine of contract, in application takes a practical approach, often at the cost of forcing the facts to fit uneasily into the marked slots of offer, acceptance and consideration.

In their Lordships' opinion the present contract presents much less difficulty than many of those above referred to. It is one of carriage from Liverpool to Wellington. The carrier assumes an obligation to transport the goods and to discharge at the port of arrival. The goods are to be carried and discharged, so the transaction is inherently contractual. It is contemplated that a part of this contract, viz. discharge, may be performed by independent contractors—viz. the appellant. By clause 1 of the bill of lading the shipper agrees to exempt from liability the carrier, his servants and independent contractors in respect of the performance of this contract of carriage. Thus, if the carriage, including the discharge, is wholly carried out by the carrier, he is exempt. If part is carried out by him, and part by his servants, he and they are exempt. If part is carried out by him and part by an independent contractor, he and the independent contractor are exempt. The exemption is designed to cover the whole carriage from loading to discharge, by whomsoever it is performed: the performance attracts the exemption or immunity in favour of whoever the performer turns out to be. There is possibly more than one way of analysing this business transaction into the necessary components; that which their Lordships would accept is to say that the bill of lading brought into existence a bargain initially unilateral but capable of becoming mutual, between the shipper and the appellant, made through the carrier as agent. This became a full contract when the appellant performed services by discharging the goods. The performance of these services for the benefit of the shipper was the consideration for the agreement by the shipper that the appellant should have the benefit of the exemptions and limitations contained in the bill of lading.

The "*Eurymedon*" decision was affirmed in the Privy Council in *Salmond and Spraggon* (Aus-

biens, les offres de récompenses, l'acceptation par courrier, les garanties de pouvoirs des mandataires, les garanties du fabricant, le dépôt à titre gratuit, le crédit commercial des banques. Ce sont là des exemples qui montrent qu'en droit anglais, après avoir souscrit à une théorie plutôt technique et schématique du contrat, on adopte pour son application un point de vue pratique, souvent au prix de forcer les faits pour les faire entrer coûte que coûte dans les cases préétablies de l'offre, de l'acceptation et de la contrepartie.

De l'avis de leurs Seigneuries, le contrat en cause présente beaucoup moins de difficultés que bien d'autres mentionnés ci-dessus. C'est un contrat de transport, de Liverpool à Wellington. Le transporteur assume l'obligation de transporter la marchandise et de la décharger au port de destination. La marchandise doit être transportée et déchargée, ainsi l'opération est intrinsèquement de nature contractuelle. Il est prévu qu'une partie de ce contrat, savoir le déchargement, peut être exécutée par des entrepreneurs indépendants — savoir l'appellante. En vertu de la première clause du connaissement, l'expéditeur accepte d'exonérer de toute responsabilité le transporteur, ses préposés et les entrepreneurs indépendants pour ce qui est de l'exécution du contrat de transport. Ainsi, si le transport, y compris le déchargement, est entièrement exécuté par le transporteur, il n'encourt aucune responsabilité. S'il est exécuté en partie par lui et en partie par ses préposés, ceux-ci, comme lui, échappent à toute responsabilité. S'il est exécuté en partie par lui et en partie par un entrepreneur indépendant, l'entrepreneur indépendant, comme lui, n'encourt aucune responsabilité. L'exemption est conçue pour s'appliquer à tout le processus de transport, depuis le chargement jusqu'au déchargement, quel que soit celui qui l'exécute: l'exécution attire l'exemption ou l'immunité en faveur de l'exécutant, quel qu'il soit. Il peut y avoir plus d'une manière d'analyser cette opération commerciale pour en déterminer les éléments nécessaires: leurs Seigneuries reconnaissent que le connaissement a engendré une affaire qui était à l'origine unilatérale, mais susceptible de devenir mutuelle entre l'expéditeur et l'appellante par l'intermédiaire du transporteur agissant en qualité de mandataire. Elle est devenue un contrat complet lorsque l'appellante a fourni des services en déchargeant les marchandises. L'exécution de ces services au profit de l'expéditeur a constitué la contrepartie de la convention signée par ce dernier en vertu de laquelle l'appellante devait bénéficier des exemptions et des limitations contenues dans le connaissement.

La décision «*Eurymedon*» a été confirmée de nouveau dans l'arrêt du Conseil privé *Salmond and*

tralia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The "New York Star"), [1980] 2 Lloyd's Rep. 317, a case involving, as in the case at bar, post-discharge theft of cargo.

The main support for the acceptance of the clause seems to rest upon the assertion that it accords with commercial reality and allows for the definite establishment of risks, and therefore makes certain the respective needs for the provision of insurance. It must be noted as well that Lord Wilberforce specifically refused to put his acceptance of the clause on the basis of the *jus tertii*. He firmly rejects any weakening of the requirement of privity for one seeking to enforce or take the benefit of a contract. It is by placing the relationship of the parties into the traditional mold of the law of contract that he finds the clause acceptable in law.

Of interest on this point is the thirteenth edition of Carver, *Carriage by Sea* (1982), in which is found a different approach to the question of liability of stevedores and other agents of the carrier. The learned author rejects the proposition that the concept of the *jus tertii* is unknown to the common law and refers to early authorities which support its application. In essence, the view is expressed that there is nothing wrong in principle or authority with the clear application of the principle of *jus tertii*. There is nothing offensive, it is argued, in a contract of affreightment in giving effect to that which was intended by the parties. The essence of the proposition advanced by the learned author may be found at vol. 1, p. 262, where he says, at paragraph 410:

Importance of Himalaya Clause

It will be a happy day when the *Himalaya Clause* and *The Eurymedon* have run their course. The *Himalaya Clause* has proved to have been a most effective dyke to stem the tide threatening to overwhelm the barrier against incursion on shipowners' pockets of perils of the sea. But exceptions of perils of the sea can be preserved more thoroughly by simpler and more rational means once it was generally apparent that the fundamental principle of *jus tertii* covers all. It is clearly the available protective principle to apply now to ensure that the will of the parties to a contract of affreightment can simply

Spraggon (Australia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The "New York Star"), [1980] 2 Lloyd's Rep. 317, une affaire où il était question, comme en l'espèce, du vol de marchandises après leur déchargement.

Le principal argument à l'appui de l'acceptation de la clause semble fondé sur l'affirmation qu'elle est conforme à la réalité commerciale et permet d'établir avec certitude quels sont les risques et donc les besoins respectifs en matière d'assurance. Il faut souligner également que lord Wilberforce a expressément refusé de fonder son acceptation de la clause sur le principe du *jus tertii*. Il rejette catégoriquement toute atténuation de l'exigence d'un lien contractuel pour la personne qui cherche à faire exécuter un contrat ou à en profiter. C'est en situant le rapport entre les parties dans le moule traditionnel du droit des contrats qu'il juge la clause acceptable en droit.

À cet égard, la treizième édition de Carver, *Carriage by Sea* (1982), est intéressante; on y trouve un point de vue différent sur la question de la responsabilité des manutentionnaires et autres mandataires du transporteur. Le savant auteur rejette la thèse selon laquelle la notion d'une conception du *jus tertii* n'existe pas en *common law* et il cite une ancienne jurisprudence qui appuie son application. Essentiellement, on y exprime le point de vue qu'il n'y a rien de mal en principe ou en jurisprudence à appliquer clairement le principe du *jus tertii*. Il n'y a rien de répréhensible, soutient-on, dans un contrat d'affrètement, à mettre à exécution la volonté des parties. L'essentiel de l'argument du savant auteur se retrouve à la p. 262 du volume 1, où il affirme au paragraphe 410:

[TRADUCTION] Importance de la clause Himalaya

Ce sera un jour heureux lorsque la clause *Himalaya* et l'*Eurymedon* auront fait leur temps. La clause *Himalaya* s'est révélée une digue des plus efficace pour stopper la marée qui menaçait de renverser la barrière érigée pour arrêter les incursions contre cette soupape de sûreté que sont les fortunes de mer pour les armateurs. Mais les exceptions que constituent les fortunes de mer peuvent être mieux sauvegardées par des moyens plus simples et plus rationnels quand il devient évident pour tous que le principe fondamental du *jus tertii* s'applique à tout. C'est manifestement le principe de protection

be secured by saying in the bill of lading what that will be.

An omnibus clause, of *Himalaya* vintage, could be devised, but it need no longer go into awkward concepts, which vary as between one country and another such as those of undisclosed agency and deemed (which means non-existent *de facto*) trusts.

England does not stand alone in this matter; the real need to preserve, and possibly improve, the clause at this time stems also from the views already expressed by courts in Australia, Canada and the United States.

It may be that this approach offers a more rational solution to the problem than that outlined by Lord Wilberforce, which compresses the facts into a contractual mold in order to preserve the common law principle of privity in a situation in which it would appear that it is being rejected. Be that as it may, I leave open for another day consideration of the Carver proposal, and I would follow the approach of Lord Wilberforce expressed in the case of *The "Eurymedon"*.

The "Eurymedon", as noted above, has caused considerable problems for some common law lawyers and academics who find difficulty with the concept of consideration as between ITO and Miida in these circumstances. I would observe on this point that conceptual difficulties of this nature are not a novel feature of the common law. In fact it may be said that one of the virtues of the common law is that it has never really let pure logic get in the way of common sense and practical necessity when a desirable result is sought to be achieved. In *The "Eurymedon"* case, Lord Wilberforce has made mention of the problems that have arisen in applying the strict rules of the law of contract to the infinitely variable activities of human society and has given examples which illustrate the problems. While it may be that logical difficulties arise in the analysis developed by Lord Wilberforce, in my view it should be followed. In admiralty or marine cases we are dealing with international commerce. There is sound reason to promote uniformity in this field and as great a degree of certainty as may be possible. In the ordinary course of commerce, carriers, stevedores

existant qu'il faut appliquer maintenant pour assurer que la volonté des parties à un contrat d'affrètement peut être protégée simplement en stipulant expressément dans le connaissement ce qu'est cette volonté.

^a Une clause fourre-tout, du genre *Himalaya*, pourrait être conçue, mais il n'est plus nécessaire de s'engager dans des concepts bizarres, qui varient d'un pays à l'autre, tels que le mandat secret et les fiducies présumées (c'est-à-dire non existantes *de facto*).

^b L'Angleterre n'est pas seule à cet égard; le besoin réel de préserver, et peut-être d'améliorer, la clause actuellement découlé aussi des points de vue déjà exprimés par les tribunaux en Australie, au Canada et aux États-Unis.

^c Il se peut que ce point de vue offre une solution plus rationnelle au problème que celle énoncée par lord Wilberforce, qui fait violence aux faits pour les faire entrer dans le moule contractuel afin de préserver le principe de *common law* des liens contractuels dans une situation où il semblerait rejeté. Quoi qu'il en soit, je reporte l'étude de la proposition Carver à une autre occasion; je préfère le point de vue exprimé par lord Wilberforce dans l'affaire «*Eurymedon*».

^d L'arrêt «*Eurymedon*», comme je l'ai déjà dit, a causé de nombreux problèmes pour certains avocats et théoriciens de *common law* qui éprouvent de la difficulté avec le concept de la contrepartie entre ITO et Miida dans ces circonstances. Je ferais observer à cet égard que les difficultés conceptuelles de cette nature ne sont pas nouvelles en *common law*. En fait, on peut dire que l'une des vertus de la *common law* est de n'avoir jamais réellement laissé la logique pure faire obstacle au bon sens et à la nécessité pratique lorsqu'il s'agit d'atteindre un résultat souhaité. Dans l'arrêt «*Eurymedon*», lord Wilberforce a mentionné les problèmes suscités par l'application des règles strictes du droit des contrats aux activités infiniment variables de la société humaine, et a donné des exemples pour illustrer ces problèmes. Bien que l'analyse de lord Wilberforce puisse soulever certaines difficultés sur le plan logique, j'estime néanmoins qu'elle devrait être adoptée. Dans les affaires maritimes ou d'amirauté, nous traitons de commerce international. Il existe de bonnes raisons de promouvoir l'uniformité dans ce domaine, ainsi que le plus haut degré possible de certitude. Dans

and terminal operators have established practices which are widely followed and generally understood by all concerned. Bills of lading and stevedoring contracts are made in many languages frequently involving different rules and conditions and all must be made operative in the general practice of marine transportation. Himalaya clauses have become accepted as a part of the commercial law of many of the leading trading nations, including Great Britain, the United States, Australia, New Zealand, and now in Canada. It is thus desirable that the courts avoid constructions of contractual documents which would tend to defeat them. I would therefore accept the approach taken by Lord Wilberforce and, in doing so, I observe that the Court is simply giving effect to that which the parties themselves clearly agreed to in writing.

It may be noted at this point that in the Australian High Court in *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The "New York Star")* [reversed by the Judicial Committee of the Privy Council, *supra*] Barwick C.J., at [1979] 1 Lloyd's Rep. 298, (in dissenting from the majority of that court) upheld the Himalaya clause on a somewhat different analysis than that adopted by Lord Wilberforce in *The "Eurymedon"*. He expressed the opinion that there was a contract between the consignor and the stevedore through the agency of the carrier which became binding when the stevedore performed services in relation to the cargo, and that the exemption clauses in the bill of lading extended to protect the stevedore after the goods had been unloaded. The bill of lading was not to be considered as a contract or an offer but merely as a pre-contractual bargain between the consignor and the stevedore, that in the event the stevedore provided services in unloading cargo the provisions of the bill of lading would extend to protect him. He said, at pp. 304-05:

le cours ordinaire du commerce, les transporteurs, manutentionnaires et acconiers ont établi des usages qui sont largement suivis et généralement compris par tous les intéressés. Les connaissements et les contrats de manutention sont rédigés dans plusieurs langues et comportent fréquemment des règles et modalités différentes, mais tous doivent pouvoir être appliqués à la pratique générale du transport maritime. Les clauses *Himalaya* ont fini par être acceptées comme une partie intégrante du droit commercial d'un bon nombre de nations commerçantes d'importance majeure, dont la Grande-Bretagne, les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et maintenant le Canada. Il est donc souhaitable que les tribunaux évitent de donner aux documents contractuels des interprétations qui tendraient à les contrecarrer. J'accepte donc le point de vue adopté par lord Wilberforce et, ce faisant, je fais observer que la Cour ne fait que mettre à exécution ce que les parties elles-mêmes ont clairement convenu par écrit.

On peut souligner à ce stade-ci que dans l'arrêt de la Haute Cour d'Australie *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The "New York Star")* [infirmer par le Comité judiciaire du Conseil privé, précité] [1979] 1 Lloyd's Rep. 298, le juge en chef Barwick (dissident en Haute Cour) a maintenu la clause Himalaya après avoir effectué une analyse quelque peu différente de celle de lord Wilberforce dans l'arrêt «*Eurymedon*». Il a exprimé l'avis qu'il y avait contrat entre l'expéditeur et le manutentionnaire par l'intermédiaire du transporteur, lequel est devenu exécutoire lorsque le manutentionnaire a fourni des services relativement à la cargaison, et que les clauses de non-responsabilité du connaissement protègent aussi le manutentionnaire après le déchargement de la marchandise. Le connaissement ne devait pas être considéré comme un contrat ou une offre, mais uniquement comme un arrangement pris, avant le contrat, entre l'expéditeur et le manutentionnaire, et portant que si jamais le manutentionnaire fournit des services de déchargement de la cargaison, les dispositions du connaissement s'appliqueront à lui de manière à le protéger. Il dit, aux pp. 304 et 305:

For my part, I find no difficulty in interpreting the arrangement made by the bill of lading and its acceptance by the consignor as providing that if, in fact, the appellant stevedored the cargo, leaving aside for the moment what the stevedoring involved, the appellant should have the benefit of the clauses of the bill including the benefit of the time limitation expressed in cl. 17 of the bill of lading. I am unable to treat the clauses of the bill of lading as in any respect an unaccepted but acceptable offer by consignor to stevedore. Indeed, I do not think the bill can be interpreted as containing an offer at large by the consignor. The consignor and the appellant as stevedore were ad idem through the carrier's agency upon the acceptance by the consignor of the bill of lading as to the protection the stevedore should have in the event that it stevedored the consignment. But this consensus lacked the essential of consideration. The appellant through the bill of lading made no promise to stevedore the cargo. Thus, while I would not analyse the situation obtaining on the acceptance of the bill of lading as an exchange of promises, I would not analyse it as merely the making of an offer susceptible of acceptance by an act of the stevedore done in purported acceptance of the offer. For this reason I have described the bill of lading in so far as the carrier there purports to act for the appellant as an arrangement. To agree with another that, in the event that the other acts in a particular way, that other shall be entitled to stated protective provisions only needs performance by the doing of the specified act or acts to become a binding contract. Whether or not the arrangement is susceptible of unilateral disavowal before the stated act is done need not be discussed. Here the act was done. The performance of the act or acts at the one moment satisfied the test for consideration and enacted the agreed terms.

The arrangement made to govern future conduct on the happening of the specified events became, he said, a binding contract on the performance of the stevedoring services, and the stevedore was then entitled to the protection of the provisions of the bill of lading. (For an analysis of this approach, see M. Tedeschi, *supra*, at p. 878.) This approach, while possibly drawing a more direct line than does that in *The "Eurymedon"*, is not inconsistent with it. Lord Wilberforce, at p. 167 of

[TRANSLATION] Pour ma part, je ne vois aucune difficulté à interpréter l'arrangement convenu dans le connaissement et son acceptation par l'expéditeur comme stipulant que si, effectivement, l'appelante a manutentionné la cargaison, mettant pour l'instant de côté ce que comporte cette manutention, l'appelante doit profiter des clauses du connaissement, y compris de la prescription extinctive stipulée à sa clause 17. Je suis incapable de traiter les clauses du connaissement comme équivalent à tous égards à une offre encore inacceptée, mais acceptable, faite par l'expéditeur au manutentionnaire. D'ailleurs, je ne pense pas que le connaissement puisse être interprété comme contenant une offre générale de l'expéditeur. L'expéditeur et l'appelante, à titre de manutentionnaire, se sont trouvés sur un pied d'égalité grâce au mandat du transporteur dès que l'expéditeur a accepté le connaissement quant à la protection dont devra jouir le manutentionnaire s'il procède à la manutention de la marchandise expédiée. Mais à ce consensus il manque la condition essentielle de la contrepartie. L'appelante n'a dans le connaissement nullement promis de manutentionner la cargaison. Ainsi, bien que, suivant mon analyse, la situation prévalant au moment de l'acceptation du connaissement ne comporte pas d'engagements réciproques, je n'y vois pas non plus une simple offre susceptible d'acceptation au moyen d'un acte accompli par le manutentionnaire apparemment pour accepter cette offre. Pour cette raison, j'ai décrit le connaissement comme un arrangement dans la mesure où le transporteur agit apparemment au nom de l'appelante. Convenir avec quelqu'un que, si l'un agit d'une certaine façon, il aura le droit de bénéficier des dispositions protectrices énoncées, n'exige que l'accomplissement de l'acte ou des actes prévus pour qu'il y ait contrat exécutoire. Il n'est pas nécessaire de discuter de la question de savoir si l'arrangement est susceptible de désaveu unilatéral avant que l'acte prévu ne soit accompli. En l'espèce l'acte a été accompli. L'accomplissement de l'acte ou des actes à ce moment répond au critère de la contrepartie et est une adoption des conditions convenues.

L'arrangement pris pour régir un comportement futur lorsque surviendront des événements spécifiés est devenu, dit-il, un contrat exécutoire au moment où les services de manutention ont été fournis et le manutentionnaire avait alors droit à la protection des dispositions du connaissement. (Pour une analyse de ce point de vue, voir M. Tedeschi, précité, à la p. 878.) Ce point de vue, qui tranche sans doute plus directement la question que celui de l'arrêt «*Eurymedon*», n'est pas incom-

The "Eurymedon", *supra*, recognized that there would be different ways of analyzing the matter and he accepted Barwick C.J.'s approach as support for his own, as expressed in *The "Eurymedon"*.

Having established that the Himalaya clause may be effective in Canadian maritime law, I turn now to consider its applicability to the case at bar. The resolution of this dispute depends, as do most other cases dealing with contests between carriers, stevedores and shippers, upon a construction of the underlying contracts. In this case we are concerned with the contract of carriage, that is, the bill of lading, and the stevedore's contract. The relevant clauses of the bill of lading for our purposes are clauses 8 and 18 which impose limits on the liability of the carrier, and clause 4, the Himalaya clause which purports to extend to the stevedore-terminal operator the benefit of such limitations. We are concerned as well with clauses 2 and 7 of the stevedoring contract between the carrier and ITO in which the carrier has agreed to include the stevedore-terminal operator as a beneficiary of all limitations of liability found in the bill of lading. These clauses have been reproduced above.

Clause 8 of the bill of lading in its application to the facts at bar provides that the carrier shall have no liability for any loss of the goods occurring after discharge and, further, that discharging shall be complete when the goods are freed from the vessel's tackle. This clause then deals precisely with the situation which exists in this case, the claim being for the loss of the goods after discharge. Clause 18 of the bill of lading also provides that upon completion of discharging the cargo responsibility of the carrier shall cease and it imposes the risks and costs for storage on the shipper or on the consignee. Clause 2 of the stevedoring agreement made between Mitsui and ITO provides that ITO will unload the vessel and that should further services including that of watching be required that ITO will arrange for such services as agent for the carrier and on the condition that ITO, its agents and employees, shall not thereby

patible avec celui-ci. Lord Wilberforce, à la p. 167 de l'arrêt «*Eurymedon*», précité, reconnaît qu'il y a différentes façons d'analyser la question, considérant que le point de vue du juge en chef Barwick étaye son propre point de vue exprimé dans l'arrêt «*Eurymedon*».

Ayant établi que la clause Himalaya peut jouer en droit maritime canadien, j'en viens maintenant à l'examen de son applicabilité à l'espèce. La solution du litige dépend, comme dans la plupart des affaires portant sur un différend entre des transporteurs, manutentionnaires et expéditeurs, de l'interprétation des contrats sous-jacents. En l'espèce, ce qui nous intéresse ce sont le contrat de transport, c'est-à-dire le connaissement, et le contrat de manutention. Aux fins de l'espèce, les clauses pertinentes du connaissement sont les clauses 8 et 18 qui limitent la responsabilité du transporteur, et la clause 4, la clause Himalaya, qui est censée étendre au manutentionnaire acconier le bénéfice de ces limitations. Nous nous intéressons aussi aux clauses 2 et 7 du contrat de manutention intervenu entre le transporteur et ITO, où le transporteur a convenu d'inclure le manutentionnaire acconier comme bénéficiaire de toutes les limitations de responsabilité que l'on trouve dans le connaissement. Ces clauses ont déjà été reproduites.

La clause 8 du connaissement, appliquée aux faits de l'espèce, stipule que le transporteur ne saurait être tenu responsable d'aucune perte de marchandises survenue après le déchargement et, de plus, que le déchargement prend fin lorsque les marchandises sont libérées du palan du navire. La clause traite donc précisément de la situation qui se présente en l'espèce, la réclamation visant la perte de marchandises survenue après le déchargement. La clause 18 du connaissement prévoit aussi que la responsabilité du transporteur à l'égard de la cargaison prend fin une fois le déchargement terminé, et que les risques et coûts de l'entreposage seront assumés par l'expéditeur ou le destinataire. La clause 2 du contrat de manutention conclu entre Mitsui et ITO prévoit qu'ITO déchargera le navire et que si des services supplémentaires, dont des services de garde, sont requis, ITO s'occupera de les assurer à titre de mandataire du transpor-

incur liability for the pilferage or theft of the cargo. Clause 7 of that contract, in so far as it would be applicable to the case at bar, provides that the carrier will include ITO as an express beneficiary of all immunities and limitations of liability provisions of the bill of lading. Clause 4, the Himalaya clause in the bill of lading, purports to extend to the stevedore in the performance of the contract:

... the same but no further exemptions and immunities from and limitations of liability which the carrier has under this bill of lading ... the ... persons referred to heretofore shall to the extent provided be or be deemed to be parties to the contract ... this bill of lading and the carrier is or shall be deemed to be acting as agent or trustee on behalf of and for the benefit of all such persons.

The question of the application and effect of these provisions is the central feature of the case.

On the face of the document clauses 8 and 18 of the bill of lading give wide immunity to the carrier. The consignee, Miida, is a party to the bill of lading (see *Bills of Lading Act*, R.S.C. 1970, c. B-6, s. 2) and is then bound by its provisions and must accord to Mitsui the immunities and limitations from liability that are available to it on a proper construction of the document. ITO, the stevedore-terminal operator in whose custody the goods were when the theft occurred, is not a party to the bill of lading and in accordance with common law rules would not be entitled to benefit from it. ITO, however, does have a contractual relationship with Mitsui as a party to the stevedoring contract which gives it immunities and expresses the conditions under which it performs its duties as a stevedore. Before ITO can have the benefit of the immunities and limitations to which the carrier, Mitsui, is entitled as against the claim of Miida, a link must be found between ITO and Miida which would bring ITO into the contractual arrangement between Mitsui and Miida, at least sufficiently to enable ITO to benefit from the extension of the immunities and limitations of liability under the provisions of clause 4, the Himalaya clause.

teur et à la condition qu'ITO, ses mandataires et employés, n'encourent par là aucune responsabilité en cas de maraudage ou de vol de la cargaison. La clause 7 de ce contrat, dans la mesure où elle peut s'appliquer à l'espèce, porte que le transporteur désignera expressément ITO comme bénéficiaire de toutes les exonérations et limitations de responsabilité stipulées au connaissement. La clause 4, la clause Himalaya du connaissement, a pour objet de faire bénéficier le manutentionnaire qui exécute le contrat:

[TRADUCTION] ... des mêmes exemptions, exonérations et limitations de responsabilité que celles accordées au transporteur par le présent connaissement ... les ... autres personnes susmentionnées sont à cet égard réputé[es] être parties au contrat ... le présent connaissement, le transporteur étant réputé être leur mandataire ou fiduciaire.

L'application et l'effet de ces dispositions constituent le point central de l'espèce.

À première vue, les clauses 8 et 18 du connaissement accordent une vaste immunité au transporteur. La destinataire, Miida, est partie au connaissement (voir la *Loi sur les connaissements*, S.R.C. 1970, chap. B-6, art. 2); elle est donc assujettie à ses dispositions et doit accorder à Mitsui les exonérations et limitations de responsabilité dont elle peut se prévaloir selon une bonne interprétation de l'acte. ITO, le manutentionnaire acconier, qui avait la garde de la marchandise lorsque le vol s'est produit, n'est pas partie au connaissement et, suivant les règles de la *common law*, il ne peut s'en prévaloir. Cependant, ITO a un lien contractuel avec Mitsui, à titre de partie au contrat de manutention qui lui confère certaines immunités et énonce les conditions de l'exécution de ses obligations à titre de manutentionnaire. Pour qu'ITO puisse profiter des immunités et limitations que le transporteur, Mitsui, peut opposer à la réclamation de Miida, il doit y avoir un lien entre ITO et Miida qui fasse entrer ITO dans l'arrangement contractuel pris entre Mitsui et Miida, suffisamment à tout le moins pour permettre à ITO de jouir de l'extension des exonérations et limitations de responsabilité prescrites à la clause 4, la clause Himalaya.

In similar circumstances in the case of *New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The "Eurymedon")*, *supra*, Lord Wilberforce found the necessary link between the stevedore and the consignee which gave the necessary element of privity to create the contractual link. As we have mentioned above, he accepted the test propounded by Lord Reid in *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, *supra*, and found that the stevedore in that case had the benefit of the exclusion clauses in the bill of lading and the Himalaya clause. In applying the same line of reasoning to the facts at bar, it may be said at once that the first requirement of Lord Reid's test is met. Clause 4 of the bill of lading specifically includes stevedores and contractors. The second requirement is also met by the words of clause 4, that the carrier shall be deemed to be contracting as agent for the stevedore. The third requirement, that the carrier has authority from the stevedore to contract on its behalf, is met. Clause 7 of the stevedoring contract provides, in part, that:

It is further expressly understood and agreed that the Company will include the Contractor as an express beneficiary, to the extent of the services to be performed hereunder, of all rights, immunities and limitation of liability provisions of all contracts of affreightment as evidenced by its standard bills of lading and/or passengers' tickets, issued by the Company during the effective period of this agreement.

The fourth requirement, that any difficulties about consideration moving from the stevedore are overcome, is met in my view by adopting the approach taken by Lord Wilberforce in *The "Eurymedon"* in a long passage, at pp. 167-68 of the report, which is cited above. I refer again to the closing words of that passage:

... the bill of lading brought into existence a bargain initially unilateral but capable of becoming mutual, between the shipper and the appellant, made through the carrier as agent. This became a full contract when the appellant performed services by discharging the goods. The performance of these services for the benefit of the shipper was the consideration for the agreement

Dans des circonstances analogues, dans l'affaire *New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The «Eurymedon»)*, précitée, lord Wilberforce a trouvé le lien requis entre le manutentionnaire et le destinataire, qui a fourni l'élément du lien de droit nécessaire pour créer le lien contractuel. Comme nous l'avons déjà vu, il a accepté le critère proposé par lord Reid dans l'arrêt *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.*, précité, et a conclu que le manutentionnaire dans cette espèce profitait des clauses de non-responsabilité du connaissement et de la clause *Himalaya*. Si on applique le même raisonnement aux faits présentement en cause, on peut dire tout de suite que la première condition du critère de lord Reid est remplie. La clause 4 du connaissement inclut expressément les manutentionnaires et les entrepreneurs. La seconde condition est aussi remplie grâce aux mots de la clause 4 qui portent que le transporteur est réputé contracter à titre de mandataire du manutentionnaire. La troisième condition, celle que le transporteur ait reçu du manutentionnaire l'autorisation de contracter en son nom, est remplie elle aussi. La clause 7 du contrat de manutention stipule notamment:

[TRADUCTION] Il est en outre expressément convenu que la Compagnie désignera expressément l'entrepreneur comme bénéficiaire, dans la prestation des services prévus aux présentes, de toutes les dispositions prévoyant des droits, exonérations et limitations de responsabilité, contenues dans les contrats d'affrètement dont font foi les connaissements types et les billets de transport émis par la Compagnie durant la durée de validité de cet accord.

La quatrième condition, celle que toutes les difficultés en matière de contrepartie provenant du manutentionnaire soient surmontées, est remplie, à mon avis, si l'on adopte le point de vue exprimé par lord Wilberforce dans l'arrêt *«Eurymedon»*, dans un long passage aux pp. 167 et 168 du recueil, lequel a déjà été cité. Je mentionne à nouveau la fin de ce passage:

[TRADUCTION] ... le connaissement a engendré une affaire qui était à l'origine unilatérale, mais susceptible de devenir mutuelle entre l'expéditeur et l'appelante par l'intermédiaire du transporteur agissant en qualité de mandataire. Elle est devenue un contrat complet lorsque l'appelante a fourni des services en déchargeant les marchandises. L'exécution de ces services au profit de

by the shipper that the appellant should have the benefit of the exemptions and limitations contained in the bill of lading.

I would therefore conclude that both Mitsui and ITO are entitled to the protection of the exclusion clauses in the bill of lading, according to their tenor. It remains then to consider whether the clauses are effective to provide relief in the circumstances of this case.

On the issue of whether the provisions of the bill of lading would apply to relieve ITO of liability for its own negligence, counsel for ITO relied on *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, [1952] A.C. 192, and certain English decisions which have applied it and commented upon it. In that case, where the lessee sought to recover damages from the lessor for the value of goods destroyed in a fire caused by the negligence of the servants of the lessor, an exemption clause provided:

... the lessee shall not have any claim ... against the lessor for ... damage ... to ... goods ... being ... in the said shed.

In the Judicial Committee of the Privy Council Lord Morton of Henryton, holding that the Crown was not entitled to the benefit of the exemption clause because of the negligence of its servants, referred to the "three-fold" test set out by Lord Greene M.R., in *Alderslade v. Hendon Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.), and described the approach which should be taken by a court in construing such a clause. Lord Morton said, at p. 208:

Their Lordships think that the duty of a court in approaching the consideration of such clauses may be summarized as follows:—

(1) If the clause contains language which expressly exempts the person in whose favour it is made (hereafter called "the proferens") from the consequence of the negligence of his own servants, effect must be given to that provision. Any doubts which existed whether this was the law in the Province of Quebec were removed by the decision of the Supreme Court of Canada in *The Glengoil Steamship Company v. Pilkington*.

(2) If there is no express reference to negligence, the court must consider whether the words used are wide

l'expéditeur a constitué la contrepartie de la convention signée par ce dernier en vertu de laquelle l'appelante devait bénéficier des exemptions et des limitations contenues dans le connaissement.

" Je suis donc d'avis de conclure qu'ITO et Mitsui ont toutes les deux droit à la protection des clauses de non-responsabilité du connaissement, selon leur teneur. Il reste donc à examiner si les clauses ont pour effet d'apporter un redressement dans les circonstances de l'espèce.

Pour ce qui est de savoir si les dispositions du connaissement ont pour effet de dégager ITO de toute responsabilité due à sa propre négligence, l'avocat d'ITO a invoqué l'arrêt *Canada Steamship Lines Ltd. v. The King*, [1952] A.C. 192, et une certaine jurisprudence anglaise qui l'a appliqué et commenté. Dans cette affaire où le locataire réclamait des dommages-intérêts du locateur pour la valeur des biens détruits dans un incendie dû à la négligence des préposés du locateur, une clause de non-responsabilité stipulait:

[TRADUCTION] ... le locataire ne pourra faire aucune réclamation ... au locateur pour ... les dommages ... causés aux biens ... qui se trouvent ... dans ledit hangar.

Au Comité judiciaire du Conseil privé, lord Morton of Henryton, jugeant que Sa Majesté ne pouvait profiter de la clause de non-responsabilité pour la négligence de ses préposés, se réfère au critère «à trois volets» énoncé par le maître des rôles, lord Greene, dans l'arrêt *Alderslade v. Hendon Laundry, Ltd.*, [1945] K.B. 189 (C.A.), et décrit le point de vue que doit adopter une cour en interprétant une clause de ce genre. Lord Morton dit, à la p. 208:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries sont d'avis que le devoir d'un tribunal qui aborde l'examen de pareilles clauses, peut se résumer comme suit:—

(1) Si la clause est libellée de façon à décharger expressément la personne au bénéfice de qui elle est faite (ci-après appelée «le proferens») des conséquences de la négligence de ses propres préposés, il faut appliquer la disposition. La décision de la Cour suprême du Canada dans *The Glengoil Steamship Company c. Pilkington* a fait disparaître tout doute qui pouvait subsister sur l'application de cette règle dans la province de Québec.

(2) Si la négligence n'est pas mentionnée expressément, le tribunal doit examiner si les termes employés

enough, in their ordinary meaning, to cover negligence on the part of the servants of the proferens. If a doubt arises at this point, it must be resolved against the proferens in accordance with article 1019 of the Civil Code of Lower Canada: "In cases of doubt, the contract is interpreted against him who has stipulated and in favour of him who has contracted the obligation."

(3) If the words used are wide enough for the above purpose, the court must then consider whether "the head of damage may be based on "some ground other than that of negligence," to quote again Lord Greene in the *Alderslade* case. The "other ground" must not be so fanciful or remote that the proferens cannot be supposed to have desired protection against it; but subject to this qualification, which is no doubt to be implied from Lord Greene's words, the existence of a possible head of damage other than that of negligence is fatal to the proferens even if the words used are prima facie wide enough to cover negligence on the part of his servants.

Tests 1 and 2 have caused little problem and have been generally accepted and followed by courts in England and Canada dealing with this question. Test 3, however, because of the qualifying statement to the effect that the existence of another possible head of damage, other than that of negligence, would be "fatal to the proferens" even if the words used are *prima facie* wide enough to include negligence, has been the subject of much judicial comment and has given courts some difficulties: see *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 193 (C.A.); *Hollier v. Rambler Motors (AMC) Ltd.*, [1972] 1 All E.R. 399 (C.A.); *Rutter v. Palmer*, [1922] 2 K.B. 87 (C.A.); *Smith v. South Wales Switchgear Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 18 (H.L.) From these decisions it is apparent that the courts have treated this problem as a question of construction in an effort to give effect to what may be termed the reasonable intention of the parties. Generally, these cases have accepted the *Canada Steamship Lines* case as authoritative but have endeavoured to relax the qualification expressed in the third test.

This whole field was canvassed in the English Court of Appeal more recently in *Lampport & Holt Lines Ltd. v. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd.*, (*The "Raphael"*), [1982] 2 Lloyd's Rep. 42. In

sont assez généraux, dans leur acception ordinaire, pour englober la négligence de la part des préposés du proferens. S'il y a doute à cet égard, il faut le résoudre à l'encontre du proferens conformément à l'article 1019 du Code civil du Bas Canada: «Dans le doute le contrat s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.»

(3) Si les termes employés sont assez généraux aux fins mentionnées ci-dessus, il faut que le tribunal examine alors si «la catégorie des dommages peut avoir une autre cause que la négligence,» pour citer de nouveau lord Greene dans l'arrêt *Alderslade*. Cette «autre cause» ne doit pas être si ténue ou lointaine qu'on ne puisse supposer que le proferens ait voulu s'en garantir; mais sauf cette réserve, que l'on peut certainement déduire du texte de lord Greene, l'existence d'une catégorie possible de dommages ayant une autre cause que la négligence, est fatale au proferens même si, à première vue, les termes employés sont assez généraux pour englober la négligence de la part de ses préposés.

Les premier et deuxième critères ont suscité peu de problèmes et ont été généralement acceptés et suivis par les tribunaux d'Angleterre et du Canada saisis de cette question. Le troisième critère cependant, à cause de la réserve selon laquelle l'existence d'une autre catégorie possible de dommages ayant une autre cause que la négligence, serait «fatale au proferens», même si, à première vue, les termes employés sont assez généraux pour inclure la négligence, a fait l'objet de nombreux commentaires judiciaires et a causé des difficultés aux tribunaux: voir les arrêts *Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 193 (C.A.); *Hollier v. Rambler Motors (AMC) Ltd.*, [1972] 1 All E.R. 399 (C.A.); *Rutter v. Palmer*, [1922] 2 K.B. 87 (C.A.); *Smith v. South Wales Switchgear Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 18 (H.L.) Il appert de cette jurisprudence que les tribunaux ont traité ce problème comme une question d'interprétation en s'efforçant de mettre à exécution ce qu'on pourrait appeler l'intention raisonnable des parties. En général, ces précédents reconnaissent que l'arrêt *Canada Steamship Lines* est péremptoire, tout en tentant d'assouplir la réserve formulée dans le troisième critère.

Tout ce domaine a été examiné en profondeur par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt plus récent *Lampport & Holt Lines Ltd. v. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd.*, (*The «Raphael»*), [1982]

that case the exemption clause was in these terms [at p. 43]:

Except as stated herein (a) we shall not be liable for any damage loss injury costs or expenses suffered by you or your servants or agents and which may arise from or be in any way connected with any act or omission of any person or corporation employed by us or by any subcontractors or engaged in any capacity in connection herewith and (b) you shall indemnify us against all loss damages claims and expenses whatsoever incurred by us in relation to or arising out of the performance of our obligations.

At trial, it was held that the clause would exclude liability for negligence, and the appeal was dismissed. The judges in the Court of Appeal reviewed the above authorities and dealt with Lord Morton's qualification in test 3. At p. 48, May L.J. said:

Before I turn to the third of Lord Morton's tests, I should refer to the point which Lord Justice Donaldson has also mentioned. Underlying Counsel for the respondents' particular submissions on the respective tests there was a more general one. This was to emphasize that although they are described as tests, this is really a misdescription. They are and were only intended to be guidelines, not words in a statute, and at the end of the day the duty of the Court is just to construe the relevant clause. With Lord Justice Donaldson, I agree with this approach.

Further, although Lord Morton's use of the words "so fanciful or remote" could lead one to suppose that an exemption clause would only pass test three if one could discard all possible other grounds of potential liability other than those which were unreal and speculative, I do not think that this is a correct interpretation of this passage from his opinion. The words "so fanciful or remote" in the third test are followed by the phrase "that the proferens cannot be supposed to have desired protection against it".

At page 49, he added:

In my opinion, all that one may properly read Lord Morton as saying is that where, under his third test, the Court considers whether the head of damage may be based on some ground other than that of negligence, it should discard any ground to which, on a reasonable assessment of all the circumstances at the time the

2 Lloyd's Rep. 42. Dans cette affaire, la clause de non-responsabilité était ainsi conçue [à la p. 43]:

[TRADUCTION] Sauf stipulation aux présentes, a) nous ne serons responsables d'aucun dommage, perte, préjudice, frais ou débours causés à vous, à vos préposés ou à vos mandataires, et qui pourront être dus ou liés de quelque manière à toute action ou omission de la part de toute personne, physique ou morale, embauchée par nous ou un sous-traitant, ou à quelque titre en rapport avec les présentes, et b) vous devrez nous indemniser pour tout dommage, perte, réclamation et débours que nous connaissons relativement à l'exécution de nos obligations, ou en découlant.

En première instance, il a été jugé que la clause excluait la responsabilité pour négligence et l'appel fut rejeté. Les juges de la Cour d'appel ont étudié la jurisprudence précitée et la réserve formulée dans le troisième critère de lord Morton. À la p. 48, le lord juge May affirme ceci:

[TRADUCTION] Avant d'en venir au troisième critère de lord Morton, je rappellerai ce que le lord juge Donaldson a dit lui aussi. Sous-jacent aux arguments particuliers de l'avocat des intimés sur les trois critères, on en trouve un plus général qui consiste à souligner que bien qu'ils soient décrits comme des critères, il s'agit là en réalité d'une mauvaise description. Ils sont et ont été conçus seulement comme des directives, non pas comme les termes d'une loi et, en fin de compte, le devoir du tribunal se résume à interpréter la clause pertinente. Tout comme le lord juge Donaldson, je suis d'accord avec ce point de vue.

En outre, même si l'emploi par lord Morton des épithètes «si ténue ou lointaine» pouvait laisser supposer qu'une clause de non-responsabilité ne résistera à l'épreuve du troisième critère que si l'on peut écarter toutes les autres causes de responsabilité éventuelle, autres que celles qui sont irréelles et hypothétiques, je ne pense pas que ce soit là une interprétation juste de ce passage de ses motifs. Les épithètes «si ténue ou lointaine» employées dans le troisième critère sont suivies de la phrase «qu'on ne puisse supposer que le *proferens* ait voulu s'en garantir».

À la page 49, il ajoute:

[TRADUCTION] À mon avis, tout ce qu'on peut vraiment considérer que lord Morton a dit, c'est que, lorsque, en vertu de son troisième critère, la cour se demande si la catégorie de dommages peut être fondée sur une cause autre que la négligence, elle doit écarter toute cause, après évaluation raisonnable de toutes les

underlying contract was made, it is unlikely that the parties would have addressed their mind.

Such an approach indeed underlines the fact that the exercise upon which the Court is engaged in these cases is one of construction, that it is one of deciding what the parties meant or must be deemed to have meant by the words they used; the guidelines or tests which are referred to in the many authorities are only to be used by the Courts as aids to the successful and correct solution of such exercise.

Then, after quoting Lord Greene's formulation of the third test in *Alderslade's* case, and quoting the words of Salmon L.J. in the *Hollier* case, where the learned justice expressed the view that Lord Greene M.R. did not extend the law in his formulation of the third test in *Alderslade's* case because to do so would be to make the law artificial by ignoring the fact that rules of construction are our guides and not our masters, he continued, at pp. 49-50:

In these circumstances Counsel submitted, and I respectfully agree with Lord Salmon, that Lord Greene was not intending to extend the law in his judgment in *Alderslade's* case. The word "must" in the relevant passage which I have already quoted should be read as "should usually" or in some such way consistent with the guide to construction stated by Lord Justice Scrutton in *Rutter v. Palmer*.

Thus, if an exemption clause of the kind we are considering excludes liability for negligence expressly, then the Courts will give effect to the exemption. If it does not do so expressly, but its wording is clear and wide enough to do so by implication, then the question becomes whether the contracting parties so intended. If the only head of liability upon which the clause can bite in the circumstances of a given case is negligence, and the parties did or must be deemed to have applied their minds to this eventuality, then clearly it is not difficult for a Court to hold that this was what the parties intended—that this is its proper construction. Indeed, to hold otherwise would be contrary to commonsense. On the other hand if there is a head liability upon which the clause could bite in addition to negligence then, because it is more unlikely than not that a party will be ready to excuse his other contracting party from the consequences of the latter's negligence, the clause will generally be construed as not covering negligence. If the parties did or must be deemed to have applied their

circstances prévalant au moment où le contrat sous-jacent a été conclu, qu'il est improbable que les parties aient eu à l'esprit.

D'ailleurs, un tel point de vue insiste sur le fait que l'exercice auquel le tribunal se livre dans ces cas en est un d'interprétation, c.-à-d. qu'il s'agit de déterminer ce que les parties ont voulu dire, ou doivent être réputées avoir voulu dire, par les termes qu'ils ont employés; les directives ou critères dont on parle dans bien des précédents ne doivent être pour les tribunaux qu'un moyen d'arriver à la bonne solution en se livrant à cet exercice.

Puis, après avoir cité la formulation que donne lord Greene du troisième critère dans l'affaire *Alderslade*, ainsi que les observations du lord juge Salmon dans l'affaire *Hollier*, où ce savant juge a exprimé l'avis que le maître des rôles, lord Greene, n'a pas élargi le droit en formulant ce troisième critère dans l'affaire *Alderslade*, car cela reviendrait à rendre le droit artificiel en ne tenant pas compte du fait que les règles d'interprétation doivent nous servir de guide sans que nous soyons à leur merci, il poursuit aux pp. 49 et 50:

[TRADUCTION] Dans ce cas, les avocats ont fait valoir, et, avec égards, je partage l'avis de lord Salmon, que lord Greene n'a pas voulu élargir le droit dans l'affaire *Alderslade*. Le terme «doit», dans le passage pertinent que j'ai déjà cité, devrait s'interpréter comme «devrait normalement» ou de quelque autre façon compatible avec la directive d'interprétation énoncée par le lord juge Scrutton dans l'arrêt *Rutter v. Palmer*.

Ainsi, si une clause de non-responsabilité du genre de celle dont nous sommes saisis exclut expressément la responsabilité pour négligence, les tribunaux donneront alors effet à cette exclusion. Si elle ne le fait pas expressément, mais que son texte est clair et suffisamment général pour le faire tacitement, il s'agit alors de déterminer si c'était bien là l'intention des parties contractantes. Si la seule catégorie de responsabilité que la clause peut frapper dans les circonstances d'une espèce donnée est celle due à la négligence, et que les parties ont eu cette éventualité à l'esprit ou doivent être réputées l'avoir eu, alors, manifestement, il ne sera pas difficile pour le tribunal de juger que c'était bien là la volonté des parties—que c'est là l'interprétation qu'il faut lui donner. D'ailleurs, juger autrement serait contraire au bon sens. D'autre part, s'il y a une catégorie de responsabilité que la clause pourrait viser outre celle due à la négligence, alors, parce qu'il est plus improbable que probable que l'une des parties sera prête à soustraire son cocontractant aux conséquences de sa négligence, la

minds to the potential alternative head of liability at the time the contract was made then, in the absence of any express reference to negligence, the Courts can sensibly only conclude that the relevant clause was not intended to cover negligence and will refuse so to construe it. In other words, the Court asks itself what in all the relevant circumstances the parties intended the alleged exemption clause to mean.

It is my view that the matter should be approached in this fashion. In the case at bar, the portion of clause 8 of the bill of lading relied on is in these terms:

8. The carrier shall not be liable in any capacity whatsoever for any . . . loss of . . . the goods occurring before loading and/or after discharge, whether awaiting shipment landed or stored or put into craft, barge, lighter or otherwise belonging to the carrier or not or pending transshipment at any stage of the whole transportation.

The goods were stored by ITO, as an agent for Mitsui, in accordance with the stevedoring contract, clause 2. Mitsui, once the goods were unloaded from the ship, was relieved of its liability as a carrier, but having undertaken the storage of the goods pending delivery its liability became that of a bailee and ITO, the actual warehouseman, became a sub-bailee for value under Mitsui. The duty of a bailee for value then attached, that is to say, to take reasonable care of the goods. See Carver, *Carriage By Sea*, vol. 2, 13th ed., *supra*, at p. 1101, paragraph 1564, reproduced hereunder:

Liability of shipowner as warehouseman. But if by arrangement, or following a usual course of business, the carrier at the end of the transit puts the goods into warehouse for their owner, to stay there until he is ready to take them or until another person who is to carry them forward is ready to do so, the carrier ceases to be responsible as such; and becomes answerable only as a warehouseman for any want of reasonable care in keeping the goods.

clause sera généralement interprétée comme non applicable à la négligence. Si les parties ont eu à l'esprit, ou doivent être réputées avoir eu à l'esprit, une autre catégorie possible de responsabilité au moment de la conclusion du contrat, alors, en l'absence de mention expresse de la négligence, les tribunaux ne peuvent que conclure que la clause pertinente n'est pas destinée à s'appliquer à la négligence et ils refuseront de l'interpréter ainsi. En d'autres termes, le tribunal se demande ce que, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, les parties ont voulu que signifie la clause de non-responsabilité alléguée.

J'estime que c'est de cette façon qu'il faut aborder la question. En l'espèce, la partie de la clause 8 du connaissement qu'on invoque est ainsi conçue:

[TRADUCTION] 8. Le transporteur ne saurait être tenu responsable, à quelque titre que ce soit . . . de la perte . . . causée aux marchandises ou les concernant, qui se produit avant le chargement ou après le déchargement, ou les deux, que ces marchandises soient en attente d'expédition, placées à terre ou entreposées, chargées à bord d'embarcations, chalands, allèges ou autres appartenant ou non au transporteur, ou qu'elles soient en voie de transbordement au cours du voyage.

La marchandise a été entreposée par ITO, à titre de mandataire de Mitsui, conformément à la clause 2 du contrat de manutention. Mitsui, une fois la marchandise débarquée, n'était plus responsable à titre de transporteur, mais s'étant engagée à entreposer la marchandise en attente de livraison, sa responsabilité devenait celle d'un dépositaire et ITO, l'entreposeur de fait, devenait sous-dépositaire rémunéré pour Mitsui. L'obligation d'un dépositaire rémunéré s'ensuivait alors, soit: prendre des mesures raisonnables pour la bonne garde de la marchandise. Voir Carver, *Carriage By Sea*, vol. 2, 13th ed., précité, à la p. 1101, paragraphe 1564, reproduit ci-après:

[TRADUCTION] *Responsabilité de l'armateur à titre d'entreposeur.* Mais si, par suite d'un arrangement, ou dans le cours normal des affaires, le transporteur, au terme du trajet, dépose la marchandise dans un entrepôt pour son propriétaire, en attendant qu'il soit prêt à la prendre ou qu'un tiers qui doit la transporter plus loin soit prêt à le faire, le transporteur cesse d'être responsable à ce titre; et il n'a plus à répondre que comme entreposeur pour tout manque de diligence raisonnable dans la garde de la marchandise.

There was no clear finding of negligence against ITO at trial. Le Dain J., in the Court of Appeal, however, was of the view that ITO was negligent and in the circumstances before us I would find it difficult indeed to disagree with him. For my purposes then, I will assume that the loss of the goods by theft was the result of ITO's negligence in storing the cargo in an insecure building or in allowing the building, otherwise secure, to become insecure.

The exempting provision relieves of liability in any capacity which would include that of bailee after discharge and during storage. There is no express mention of negligence so the question is: Do the words extend to include it? This is a question of construction and the answer must be found in the context of the whole contract. The contract of carriage contemplated the exclusion of all liability upon the carrier for preloading, and after-discharge, loss. The liability of the carrier *qua* carrier is not touched in this exemption clause and the focus in our case is on liability regarding the storage of the goods after discharge. It has been said that a general exemption from all liability will not of itself exclude negligence. In this case, however, where the exemption clause relates only to a small part of the full, agreed performance, such a general rule is not necessarily applicable. Here the carrier is protected in specific terms from liability for the loss of the goods. The only duty of the bailee is to exercise reasonable care in the safeguarding of the goods and it is difficult to see how a loss, in this case by theft, could occur but for the negligence of the bailee. I would therefore conclude that the words employed here are wide enough to include negligence as being within the reasonable contemplation of the parties in formulating their agreement. This view is reinforced by the fact that in clause 18 of the bill of lading it is provided that:

Il n'y a pas eu constatation manifeste de négligence de la part d'ITO en première instance. Le juge Le Dain, en Cour d'appel, a cependant été d'avis qu'ITO avait fait preuve de négligence et, compte tenu des circonstances dont nous sommes saisis, il me serait difficile en vérité de ne pas en convenir. Pour les fins qui m'occupent donc, je vais présumer que la perte de la marchandise par vol a résulté de la négligence dont a fait preuve ITO en entreposant la cargaison dans un bâtiment peu sûr ou en permettant que ce bâtiment, par ailleurs sûr, cesse de l'être.

La stipulation de non-responsabilité s'applique peu importe la qualité en laquelle agit, y inclus celle de dépositaire après déchargement et en cours d'entreposage. On ne mentionne pas expressément la négligence, de sorte que la question qui se pose est la suivante: Les termes employés peuvent-ils l'inclure? C'est là une question d'interprétation dont la réponse doit se trouver dans le contexte de l'ensemble du contrat. Le contrat de transport prévoyait l'exclusion de toute responsabilité du transporteur pour toute perte subie avant le déchargement et après le déchargement. La responsabilité du transporteur en tant que tel n'est pas visée par cette clause de non-responsabilité et le point qui nous intéresse en l'espèce est la responsabilité relative à l'entreposage de la marchandise après son déchargement. On a dit qu'une exonération générale de toute responsabilité n'exclut pas en elle-même la négligence. Cependant, dans la présente affaire où la clause de non-responsabilité ne porte que sur un petit aspect des services dont l'exécution a été convenue, une règle générale de ce genre n'est pas nécessairement applicable. En l'espèce, le transporteur est expressément dégagé de la responsabilité découlant de la perte de marchandises. Le dépositaire a pour seule obligation de faire preuve de diligence raisonnable dans la préservation de la marchandise, aussi est-il difficile de voir comment une perte, en l'espèce par vol, a pu se produire sans qu'il y ait eu négligence de la part du dépositaire. Je conclus donc que les termes employés en l'espèce sont suffisamment larges pour pouvoir dire que la négligence a été raisonnablement prévue par les parties en formulant leur accord. Ce point de vue est renforcé par le fait que, dans la clause 18 du connaissement, il est prévu ce qui suit:

In any case the carrier's responsibility shall cease at the time when the goods are discharged from the vessel and in any case all risks . . . incurred by delivery otherwise than from the vessel's side shall be borne by the shipper and/or consignee notwithstanding any custom of the port to the contrary.

I think it is important, in determining what was within reasonable contemplation, to recognize that this is a commercial contract between two parties who, in essence, are determining which of them is to bear the responsibility for insurance at the various stages of the contract.

The remaining question, whether there is any other possible head of liability upon which the exemption clause could operate, must be answered in the negative. The goods were in short-term storage awaiting delivery. The only liability which could be imposed on the bailee would be based on negligence. I am therefore of the opinion that Mitsui, as the carrier, has the benefit of the exemption clause in clause 8 of the bill of lading. The Himalaya clause in clause 4 extends that immunity to ITO. Thus, neither Mitsui nor ITO can be held liable for the theft of the goods.

In summary, then I conclude:

1. The Federal Court has jurisdiction to hear Miida's claim against ITO, under s. 22(1) of the *Federal Court Act*. The existing body of federal law which nourishes the jurisdiction is Canadian maritime law, adopted from England, and in substance indistinguishable from the common law applied in the English courts in admiralty matters. This body of law is within federal legislative competence under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*.

2. That, for the reasons given above:

(i) the appeal by Miida Electronics Inc. against the dismissal of its action against Mitsui O.S.K. Lines Ltd. is dismissed with costs;

[TRADUCTION] En toute hypothèse, la responsabilité du transporteur prend fin dès le moment où les marchandises sont déchargées du navire, et, nonobstant tout usage contraire du port, l'expéditeur ou le destinataire, ou les deux à la fois, assument tous les risques . . . encourus pour livraison autre qu'au navire.

Je crois qu'il est important, en déterminant ce qui était raisonnablement prévu, de reconnaître qu'il s'agit d'un contrat commercial entre deux parties qui, essentiellement, décident laquelle assumera la responsabilité aux fins d'assurance aux diverses étapes du contrat.

Quant à la dernière question, celle de savoir s'il existe quelque autre catégorie possible de responsabilité à laquelle pourrait s'appliquer la clause de non-responsabilité, il faut répondre par la négative. La marchandise avait été entreposée pour une courte durée en attendant d'être livrée. La seule responsabilité qui pouvait être imposée au dépositaire devait être fondée sur la négligence. Je suis donc d'avis que Mitsui, à titre de transporteur, profite de la clause de non-responsabilité de la clause 8 du connaissement. La clause Himalaya de la clause 4 étend cette immunité à ITO. Ainsi, ni Mitsui ni ITO ne peut être tenue responsable du vol de la marchandise.

En résumé, je conclus donc:

1. Que la Cour fédérale a compétence pour entendre la demande présentée par Miida contre ITO, en vertu du par. 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'ensemble existant de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de cette compétence est le droit maritime canadien, emprunté à l'Angleterre et essentiellement identique à la *common law* appliquée en matière d'amirauté par les tribunaux anglais. Cet ensemble de règles de droit relève de la compétence législative fédérale en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

2. Que, pour les motifs qui précèdent:

(i) le pourvoi de Miida Electronics Inc. contre le rejet de son action contre Mitsui O.S.K. Lines Ltd. est rejeté avec dépens.

(ii) the appeal of ITO—International Terminal Operators Ltd. against the judgment in favour of Miida Electronics Inc. is allowed with costs.

The reasons of Beetz, Chouinard and Lamer JJ. were delivered by

CHOUINARD J.—I agree with the reasons of McIntyre J. and I would accordingly dismiss the appeal of Miida against Mitsui, with costs.

I would allow the appeal of ITO against Miida, with costs, for the reasons given by Pratte J.A., dissenting in the Court of Appeal, [1982] 1 F.C. 406, at p. 409. I would stress that the action of Miida against ITO is purely delictual. Pratte J.A. wrote at p. 411: "According to counsel for the Appellant, the action against ITO is based solely on delict or tort." The same view is expressed by McIntyre J. who writes: "It can be seen that the action is based on the negligence of ITO and is essentially an action in tort or delict." With respect, a tort or delict committed in Montreal—negligence in the custody of goods stored in a warehouse—falls, in my view, within the jurisdiction of the civil courts of Quebec, not that of the Federal Court.

Appeal by ITO—International Terminal Operators Ltd. against the judgment in favour of Miida Electronics Inc. allowed with costs; appeal by Miida Electronics Inc. against the dismissal of its action against Mitsui O.S.K. Lines Ltd. dismissed with costs.

Solicitor for ITO—International Terminal Operators Ltd.: David F. H. Marler, Montréal.

Solicitors for Miida Electronics Inc.: Martineau, Walker, Montréal.

Solicitors for Mitsui O.S.K. Lines Ltd.: Brisset, Bishop, Davidson & Davis, Montréal.

(ii) le pourvoi de ITO—International Terminal Operators Ltd. contre le jugement prononcé en faveur de Miida Electronics Inc. est accueilli avec dépens.

^a Version française des motifs des juges Beetz, Chouinard et Lamer rendus par

^b LE JUGE CHOUINARD—Je suis d'accord avec les motifs du juge McIntyre et je suis donc d'avis de rejeter avec dépens le pourvoi interjeté par Miida contre Mitsui.

^c Je suis d'avis d'accueillir avec dépens le pourvoi interjeté par ITO contre Miida, pour les motifs donnés par le juge Pratte, dissident en Cour d'appel, [1982] 1 C.F. 406, à la p. 409. Je tiens à souligner que l'action de Miida contre ITO est purement délictuelle. Le juge Pratte écrit, à la p. 411: «Selon l'avocat de l'appelante, l'action contre l'ITO est purement délictuelle.» Le juge McIntyre exprime le même point de vue lorsqu'il écrit: «On peut constater que l'action est fondée sur la négligence d'ITO et est essentiellement une action en responsabilité délictuelle.» Avec égards, j'estime que le délit commis à Montréal—la négligence dans la garde de marchandises entreposées—relève de la compétence des tribunaux civils du Québec et non de celle de la Cour fédérale.

^d *Pourvoi d'ITO—International Terminal Operators Ltd. contre l'arrêt prononcé en faveur de Miida Electronics Inc. accueilli avec dépens; pourvoi de Miida Electronics Inc. contre le rejet de son action intentée contre Mitsui O.S.K. Lines Ltd., rejeté avec dépens.*

^e *Procureur d'ITO—International Terminal Operators Ltd.: David F. H. Marler, Montréal.*

^f *Procureurs de Miida Electronics Inc.: Martineau, Walker, Montréal.*

^g *Procureurs de Mitsui O.S.K. Lines Ltd.: Brisset, Bishop, Davidson & Davis, Montréal.*

^h

Michael Douglas Joseph Mezzo *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17958.

1985: February 20; 1986: June 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Directed verdict — Charge of rape — Sufficiency of identification evidence — Complainant's observations of assailant made in difficult conditions — Improper police identification procedures — Trial judge finding identification evidence unreliable to convict — Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal — Test for a directed verdict.

The only issue raised at the accused's trial for rape was identification. Complainant, the only witness with respect to this issue, was attacked on a street shortly after midnight and dragged behind a shed where she was sexually assaulted. The incident took approximately twenty minutes. She testified that although it was dark behind the shed she was still able to see her assailant's face. She described him to the police on three different occasions with some minor variations. Two weeks after the attack, the complainant took part in a courtroom identification. She reacted visibly when she saw the accused and told the police that he looked like her assailant, but she was not sure because her view was obstructed by a sheriff. On a second courtroom identification two days later, she positively identified the accused as her assailant. She did so again at the preliminary hearing and at the trial. At the close of the Crown's case, the trial judge weighed and considered the quality of the evidence and granted a motion for a directed verdict. The majority of the Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. This appeal is to determine whether the trial judge erred in directing a verdict of acquittal despite the fact that there was some evidence as to the identification of the accused.

Michael Douglas Joseph Mezzo *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 17958.

1985: 20 février; 1986: 26 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Verdict imposé — Accusation de viol — Suffisance de la preuve d'identification — Observations par la plaignante de son agresseur faites dans des conditions difficiles — Procédures d'identification irrégulières de la part de la police — Selon le juge du procès, preuve d'identification peu digne de foi pour conclure à la culpabilité — Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement? — Critère applicable en matière de verdict imposé.

La seule question en litige qui a été soulevée au procès pour viol de l'accusé a trait à son identification. La plaignante, seul témoin à cet égard, a été attaquée sur la rue, peu après minuit, et traînée derrière un hangar où elle a été agressée sexuellement. L'incident a duré environ 20 minutes. Dans son témoignage, elle a affirmé que, même s'il faisait noir derrière le hangar, elle avait quand même pu voir le visage de son agresseur. Elle l'a décrit à la police à trois occasions différentes avec quelques variantes mineures. Deux semaines après l'agression, la plaignante a participé à une identification en salle d'audience. Elle a réagi de façon perceptible en apercevant l'accusé et a déclaré à la police qu'il ressemblait à son agresseur, mais qu'elle n'en était pas certaine parce que sa vue était obstruée par un huissier. Au cours d'une seconde identification en salle d'audience deux jours plus tard, elle a formellement identifié l'accusé comme étant son agresseur. Elle l'a identifié de nouveau à l'enquête préliminaire et au procès. Après la présentation de la preuve du ministère public, le juge du procès a examiné la qualité de cette preuve et, après l'avoir évaluée, a fait droit à une requête en obtention d'un verdict imposé. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et a ordonné un nouveau procès. Le pourvoi a pour objet de déterminer si le juge du procès a eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement en dépit du fait qu'il y avait des éléments de preuve quant à l'identification de l'accusé.

Held (Lamer and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ.: In deciding whether to grant a motion for a directed verdict, the trial judge must determine "whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty". A trial judge is not entitled to withdraw a case from a jury where there is admissible evidence which could, if believed, result in a conviction, notwithstanding the frailties of the evidence. It is not the trial judge's function to weigh or consider the quality of the evidence. The weight that should be given to evidence, like questions of credibility, are matters for the jury only. In the case at bar, there was direct evidence of identification and the case should have been left to the jury with a proper caution.

Per Dickson C.J. and Wilson J.: The governing test in Canada for a directed verdict is "whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty". This test may be susceptible of more than one interpretation, but an examination of its antecedents support the view that at this stage of the trial, the basis on which a trial judge can withdraw a case from the jury is extremely narrow. Although some cases suggest that the trial judge can direct a verdict only where there is no evidence at all, the words "no evidence", in this context, are not to be taken literally as meaning a total absence of evidence but rather as meaning no evidence capable of supporting a conviction.

In determining whether or not to direct a verdict in cases which turn on eyewitness testimony, the trial judge should address his mind to the factors going to the quality of the identification evidence and, where the frailties in the evidence can be remedied by a caution, he should leave the matter to the jury.

In the present case, the trial judge erred in law in directing a verdict of acquittal on the basis solely of the quality of the initial identification evidence. The substantial consistency in the complainant's description of the accused given on three separate occasions prior to any improper police procedures required him to put the evidence to the jury with a caution as to the inherent frailty of the identification evidence, coupled with an instruction to consider carefully the conditions under which the identification is made. A jury is in just as

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

Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain: En décidant s'il doit faire droit à une requête en obtention d'un verdict imposé, le juge du procès doit vérifier s'il «existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité». Le juge du procès ne peut pas dessaisir le jury d'une affaire lorsqu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité malgré leurs faiblesses. Il n'appartient pas au juge du procès d'évaluer ou d'examiner la qualité de la preuve. Le poids qui doit être accordé aux témoignages, tout comme les questions de crédibilité, relève exclusivement de la compétence du jury. En l'espèce, il y avait une preuve directe d'identification qui aurait dû être laissée à l'appréciation du jury, après lui avoir fait une mise en garde appropriée.

Le juge en chef Dickson et le juge Wilson: Au Canada, le critère qui régit le verdict imposé consiste à déterminer s'il «existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité». Ce critère peut recevoir plus d'une interprétation, mais l'examen de ses antécédents confirme qu'à ce stade du procès les raisons pour lesquelles le juge peut dessaisir le jury sont extrêmement limitées. Même si dans certaines affaires on laisse entendre que le juge du procès ne peut imposer un verdict que dans les cas où il n'existe absolument aucune preuve, l'expression «aucune preuve», dans ce contexte, ne doit pas être interprétée littéralement comme signifiant une absence totale de preuve, mais doit plutôt s'entendre d'aucune preuve susceptible de justifier une déclaration de culpabilité.

En décidant s'il doit ou non imposer un verdict dans des affaires qui reposent sur la déposition de témoins oculaires, le juge doit tenir compte des facteurs qui influent sur la qualité de la preuve d'identification et, lorsque les faiblesses de la preuve peuvent être corrigées par une mise en garde, il doit soumettre l'affaire à l'appréciation du jury.

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur de droit en imposant un verdict d'acquiescement en fonction uniquement de la qualité de la preuve d'identification initiale. La cohérence substantielle des descriptions de l'accusé par la plaignante, fournies en trois occasions distinctes, avant qu'il n'y ait des procédures irrégulières de la part de la police, l'obligeait à soumettre cette preuve à l'appréciation du jury, après lui avoir fait une mise en garde sur la faiblesse inhérente de la preuve d'identification, assortie de l'instruction d'examiner soi-

good a position as the trial judge to assess the witness' opportunity for observation and the strength of his evidence based on that opportunity.

The courtroom identification neither destroyed the complainant's fairly reliable initial evidence nor weakened it beyond the point where it could not be taken care of by a properly worded caution. The conduct of the police line-up, while irregular, was not so irregular by Canadian standards as to be beyond the capabilities of a jury, properly directed, to balance the overall strengths and weaknesses of her evidence against the prejudicial impact of the improper identification process and the difficulties inherent in the complainant's initial observation of her assailant.

Per Lamer and La Forest JJ., dissenting: The test to be applied by a judge when deciding a motion for a directed verdict is "whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty". When assessing the sufficiency of the evidence, the trial judge cannot assess the witness' honesty which is a matter for the jury but may assess the witness' capacity to be accurate and his resulting reliability. Thus, when applied to testimonial evidence, the test involves an assessment by the judge of the circumstances under which a witness makes his observations. These circumstances may undermine the reliability of the witness' accuracy.

In the case at bar, the trial judge did not err in directing a verdict of acquittal. It is clear from his reasons that he applied the proper test and that he addressed his mind to an assessment of the quality of the identification evidence. He found that the difficult conditions under which the observations were made and the improper identification procedures of the police—procedures that could tend to induce the witness into mistakenly identifying someone—made it too dangerous to rest a conviction on her testimony, honest as it might well have been.

The majority of the Court of Appeal found that it would not have been unsafe to convict, while the dissenting judge shared the trial judge's view. This did not raise a question of law alone in the Court of Appeal, and the Crown's appeal should have been dismissed.

gneusement les conditions dans lesquelles l'identification a été faite. Le jury est aussi bien placé que le juge du procès pour évaluer les possibilités d'observation qu'a eu un témoin et, en fonction de ces possibilités, la force probante de son témoignage.

L'identification en salle d'audience n'a pas eu pour effet de détruire la preuve initiale raisonnablement fiable de la plaignante, ni de l'affaiblir au point de ne pouvoir y remédier par une mise en garde appropriée. La séance d'identification à laquelle les policiers ont procédé n'a pas été irrégulière, selon les normes canadiennes, au point d'aller au-delà des capacités d'un jury, ayant reçu des directives appropriées, d'évaluer les points forts et les points faibles de l'ensemble de son témoignage par rapport à l'effet préjudiciable de la procédure d'identification irrégulière et aux difficultés inhérentes ayant entouré la première observation par la plaignante de son agresseur.

Les juges Lamer et La Forest, dissidents: Le critère qu'un juge doit appliquer pour statuer sur une requête en obtention d'un verdict imposé consiste à déterminer s'il «existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité». Lorsqu'il évalue le caractère suffisant de la preuve, le juge du procès peut apprécier non pas la sincérité du témoin, qui est une question qui relève de la compétence du jury, mais sa capacité d'être précis et la fiabilité qui en résulte. Ainsi, l'application de ce critère à une preuve testimoniale comporte une appréciation par le juge des circonstances dans lesquelles un témoin a fait ses observations. Ces circonstances peuvent miner la fiabilité de la précision du témoin.

En l'espèce, le juge n'a pas eu tort d'imposer un verdict d'acquittal. Il ressort clairement de ses motifs qu'il a appliqué le bon critère et qu'il s'est concentré sur l'appréciation de la qualité de la preuve d'identification. Il a conclu que les conditions difficiles dans lesquelles les observations ont été faites et les procédures d'identification irrégulières de la police—procédures susceptibles d'amener le témoin à identifier quelqu'un à tort—faisaient qu'il était trop dangereux de fonder une déclaration de culpabilité sur son témoignage, tout aussi sincère qu'il avait bien pu être.

La Cour d'appel a conclu à la majorité qu'il n'aurait pas été dangereux de prononcer la culpabilité, alors que le juge dissident a partagé l'avis du juge du procès. Cela n'a pas soulevé en Cour d'appel une question de droit seulement et l'appel du ministère public aurait dû être rejeté.

Cases Cited

By McIntyre J.

United States of America v. Shephard, [1977] 2 S.C.R. 1067, applied; *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396, aff'g [1938] O.R. 200; *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549, considered; *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *R. v. Atwood and Robbins* (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334; *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193; *R. v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172; *R. v. Dowsey* (1866), 6 N.S.R. 93; *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352; *Girvin v. The King* (1911), 45 S.C.R. 167; *Fraser v. The King*, [1936] S.C.R. 1; *Fraser v. The King*, [1936] S.C.R. 296; *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348; *R. v. Sawrenko* (1971), 4 C.C.C. (2d) 338; *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181; *Lavoie v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 193; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860, referred to.

By Wilson J.

United States of America v. Shephard, [1977] 2 S.C.R. 1067, applied; *R. v. Turnbull*; *R. v. Roberts*; *R. v. Whithy*, [1976] 3 All E.R. 549; *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396; *R. v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172, aff'g (1948), 91 C.C.C. 210; *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185; *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. v. Smith* (1975), 12 N.S.R. (2d) 289; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, considered; *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781; *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181; *Lavoie v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 193; *R. v. Kyling*, [1970] S.C.R. 953; *Feeley v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 59; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206; *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, referred to.

By Lamer J. (dissenting)

United States of America v. Shephard, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206; *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241; *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *R. v. Atfield* (1983), 42 A.R. 294; *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185; *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 475 [am. R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 8; 1985 (Can.), c. 19, s. 101(1)], 618(2)(a) [rep. & subs. 1974-75-76 (Can.), c. 105, s. 18(2)].

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêt appliqué: *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; arrêts examinés: *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396, confirmant [1938] O.R. 200; *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; arrêts mentionnés: *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *R. v. Atwood and Robbins* (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334; *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193; *R. v. Morabito*, [1949] R.C.S. 172; *R. v. Dowsey* (1866), 6 N.S.R. 93; *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352; *Girvin v. The King* (1911), 45 R.C.S. 167; *Fraser v. The King*, [1936] R.C.S. 1; *Fraser v. The King*, [1936] R.C.S. 296; *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348; *R. v. Sawrenko* (1971), 4 C.C.C. (2d) 338; *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181; *Lavoie c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 193; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860.

Citée par le juge Wilson

Arrêt appliqué: *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; arrêts examinés: *R. v. Turnbull*; *R. v. Roberts*; *R. v. Whithy*, [1976] 3 All E.R. 549; *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396; *R. v. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, confirmant (1948), 91 C.C.C. 210; *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185; *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. v. Smith* (1975), 12 N.S.R. (2d) 289; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; arrêts mentionnés: *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781; *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181; *Lavoie c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 193; *R. c. Kyling*, [1970] R.C.S. 953; *Feeley v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 59; *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206; *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272.

Citée par le juge Lamer (dissident)

États-Unis d'Amérique c. Shephard, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396; *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206; *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549; *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358; *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241; *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22; *R. v. Atfield* (1983), 42 A.R. 294; *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185; *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 475 [mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 2, art. 8; 1985 (Can.), chap. 19, art. 101(1)], 618(2)a) [abr. et rempl. par 1974-75-76 (Can.), chap. 105, art. 18(2)].

Authors Cited

Devlin, P. *Trial by Jury*, London, Stevens & Sons Ltd., 1966.

Morris, J. Fish. "Committal for Trial: 'Some' Evidence is Not 'Sufficient'" (1979), 39 *R. du B.* 607.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1983), 35 C.R. (3d) 272, 22 Man. R. (2d) 223, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a directed verdict on a charge of rape and ordering a new trial. Appeal dismissed, Lamer and La Forest JJ. dissenting.

John Scurfield, for the appellant.

Brian Kaplan, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson J. were delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Lamer J. He would allow the appeal on the basis that the majority of the Court of Appeal had no jurisdiction to interfere with the trial judge's decision because no question of law arose. With respect, I have a different view. I think two questions of law arose.

The first question of law concerns the test to be applied in determining when a case should be withdrawn from the jury because of the quality of the identification evidence. Although there is a considerable amount of jurisprudence on the test for a directed verdict, some confusion has been generated by the use of different terms to describe what may or may not be different tests. An examination of the existing authorities is, I believe, helpful in eliciting the proper principles.

The second question of law raised by the trial judge's decision is when subsequent improper police procedures so impair the quality of earlier identification evidence that the case should be withdrawn from the jury. It would appear that the trial judge would have directed the verdict on either of these grounds. However, he clearly felt that the second ground reinforced his conclusion on the first and this is not surprising since the two

Doctrine citée

Devlin, P. *Trial by Jury*, London, Stevens & Sons Ltd., 1966.

Morris, J. Fish. «Committal for Trial: 'Some' Evidence is Not 'Sufficient'» (1979), 39 *R. du B.* 607.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1983), 35 C.R. (3d) 272, 22 Man. R. (2d) 223, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittal de l'accusé par suite d'un verdict imposé relativement à une accusation de viol et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Lamer et La Forest sont dissidents.

John Scurfield, pour l'appellant.

Brian Kaplan, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Wilson rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Lamer. Il est d'avis d'accueillir le pourvoi pour le motif que la Cour d'appel à la majorité n'avait pas compétence pour modifier la décision du juge du procès, aucune question de droit ne se posant. Avec égards, je suis d'un avis différent. Je pense que deux questions de droit se posaient.

La première question de droit concerne le critère qu'il faut appliquer en décidant si le jury doit être dessaisi d'une affaire en raison de la qualité de la preuve d'identification offerte. Certes, il existe une jurisprudence considérable sur le critère applicable en matière de verdict imposé, mais l'emploi de termes différents pour décrire ce qui peut ou non constituer des critères différents a suscité une certaine confusion. Un examen des précédents sera, à mon sens, utile pour circonscrire les principes appropriés.

La seconde question de droit que pose la décision du juge du procès est de savoir quand certaines procédures irrégulières utilisées subséquentement par la police portent atteinte à la qualité de la preuve d'identification réunie antérieurement au point que le jury devrait être dessaisi de l'affaire. Il semblerait que le juge du procès aurait imposé le verdict pour l'un ou l'autre motif. Toutefois, il a manifestement estimé que le second motif renfor-

are obviously linked. It would seem that the weaker the initial identification evidence the less impropriety it would take to undermine it totally. The stronger the initial identification evidence the higher the degree of subsequent impropriety it might take to undermine it.

1. The Courts Below

There is some disagreement in the courts below as to the basis on which the evidence was withheld from the jury. It is clear that Wright J. at trial felt that the complainant's testimony met the test of extreme insufficiency required for a directed verdict. What is unclear is whether this was because of the potential for inaccuracy in the complainant's initial observation of her assailant or because of the irregularities in her subsequent identification of Mr. Mezzo as the accused. Wright J. analyzed the problem before him in terms of the English Court of Appeal's decision in *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549. The key passage from Wright J.'s reasons reads:

I have concluded that these facts fall squarely within the directions in *Turnbull*, approved by the Alberta Court of Appeal, and even where there has been a proper or adequate identity parade, require that the case be taken from the jury.

In the present case there is the additional factor that I do not believe the procedure followed by the police in the subsequent identification of the accused by the complainant at the police station was proper and that fact has further damaged the complainant's identification evidence.

(Emphasis added.)

There is nothing in Wright J.'s reasons to indicate that he considered the possibility of counteracting the frailties in the complainant's initial observation of her assailant with a strongly worded caution to the jury. His failure to do so may have been due to the fact that he collapsed the issue of the quality of the initial identification with the issue of the effect of the improper police procedures. This seems to be the interpretation favoured by Matas J.A., dissenting in the Court of Appeal

çait sa conclusion sur le premier, ce qui n'est pas surprenant puisque de toute évidence les deux sont reliés. Il semblerait que plus la preuve d'identification initiale est faible, moins les procédures ultérieures ont à être irrégulières pour la miner complètement. Plus la preuve d'identification initiale est forte, plus il faudra un degré élevé d'irrégularités subséquentes pour la miner.

b 1. Les cours d'instance inférieure

Dans une certaine mesure, les cours d'instance inférieure ne s'entendent pas sur la raison pour laquelle la preuve n'a pas été soumise au jury. Il est clair que le juge Wright a estimé, au procès, que le témoignage de la plaignante satisfaisait au critère de l'insuffisance extrême nécessaire pour qu'il y ait verdict imposé. Ce qui n'est pas clair, c'est si cela est dû à la possibilité d'inexactitude dans l'observation initiale par la plaignante de son agresseur ou aux irrégularités commises dans son identification subséquente de M. Mezzo comme accusé. Le juge Wright a analysé le problème dont il était saisi en fonction de l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549. Voici le passage clé de ses motifs à cet égard:

[TRADUCTION] J'ai conclu que ces faits tombent exactement sous le coup des directives de l'arrêt *Turnbull*, approuvées par la Cour d'appel de l'Alberta, et que même dans le cas où il y a eu une séance d'identification régulière ou suffisante, il faut dessaisir le jury.

En l'espèce, il y a le fait supplémentaire que je ne crois pas que la procédure suivie par la police pour l'identification subséquente de l'accusé par la plaignante au poste de police a été régulière, ce qui affaiblit davantage la preuve d'identification fournie par la plaignante.

^h (C'est moi qui souligne.)

Rien dans les motifs du juge Wright n'indique qu'il a étudié la possibilité de contrebalancer les faiblesses de l'observation initiale par la plaignante de son agresseur par une forte mise en garde au jury. S'il ne l'a pas fait, c'est peut-être parce qu'il a fusionné les questions de la qualité de l'identification initiale et de l'effet des procédures irrégulières de la police. Cela me semble être l'interprétation favorisée par le juge Matas, dissident en Cour d'appel (1983), 35 C.R. (3d) 272. Il s'est dit d'avis

(1983), 35 C.R. (3d) 272. He expressed the view that Wright J. could not possibly have decided to direct a verdict on the basis of the complainant's initial identification evidence alone as that would be to take the principles in *Turnbull* too far.

With respect, I think Matas J.A. may be wrong in his assessment of what the trial judge did. I think that the trial judge in the passage already quoted from his reasons did decide that the frailties of the initial identification evidence were reason enough for directing a verdict. He specifically states that "even where there has been a proper or adequate identity parade" the case must be taken from the jury. However, he went on to find that the "additional factor" of the improper police procedures "further damaged" the complainant's initial identification evidence. The question whether Wright J. erred in law in his assessment of the complainant's initial identification evidence is therefore validly raised. Indeed, as I hope to show in the ensuing analysis of the authorities, Wright J. erred in taking the case from the jury on this basis. The substantial consistency in the complainant's descriptions of the accused given on three separate occasions prior to any improper police procedures required him, in my view, to put the evidence to the jury with an appropriate caution.

Matas J.A. in his dissenting reasons concluded that the trial judge was correct in directing a verdict. He thought that "the difficulty with the several descriptions furnished by the complainant was compounded by the improper show-up identifications" (p. 284). He concluded that it was impossible to say "if the complainant identified the accused on the second occasion only as the man she saw in court the first time or whether she was making a valid identification of the assailant" (p. 285). Accordingly, for this reason Matas J.A. thought that the only course open to the trial judge was to direct a verdict of acquittal.

Hall J.A., speaking for the majority, had a different view. He considered that the identification evidence of the complainant should have gone

que le juge Wright ne peut avoir décidé d'imposer un verdict en raison uniquement de la preuve d'identification initiale par la plaignante, car cela reviendrait à pousser trop loin les principes de l'arrêt *Turnbull*.

Avec égards, je crois que le juge Matas a peut-être tort dans son appréciation de ce qu'a fait le juge du procès. J'estime que le juge du procès, dans l'extrait déjà cité de ses motifs, a bien décidé que les faiblesses de la preuve d'identification initiale suffisaient à justifier un verdict imposé. Il dit expressément que «même dans le cas où il y a eu une séance d'identification régulière ou suffisante», il faut dessaisir le jury. Cependant, il constate ensuite que le «fait supplémentaire» des procédures irrégulières de la police «affaiblit davantage» la preuve d'identification initiale de la plaignante. La question de savoir si le juge Wright a commis une erreur de droit en évaluant la preuve d'identification initiale de la plaignante est donc valablement soulevée. En réalité, comme j'espère le démontrer dans l'analyse suivante de la jurisprudence, le juge Wright a eu tort de dessaisir le jury pour ce motif. La cohérence substantielle des descriptions de l'accusé par la plaignante, fournies en trois occasions distinctes, avant qu'il n'y ait des procédures irrégulières de la part des policiers, l'obligeait, à mon avis, à soumettre cette preuve à l'appréciation du jury après lui avoir fait la mise en garde appropriée.

Le juge Matas, dans ses motifs de dissidence, conclut que le juge du procès a eu raison d'imposer un verdict. Il pense que [TRADUCTION] «le problème que posaient les différentes descriptions fournies par la plaignante a été aggravé par les séances d'identification irrégulières» (p. 284). Selon lui, il était impossible de dire [TRADUCTION] «si la plaignante, quand elle a identifié l'accusé la seconde fois, n'a fait qu'identifier l'homme qu'elle avait vu en cour la première fois, ou si elle procédait alors à une identification valide de son agresseur» (p. 285). Donc, pour cette raison, le juge Matas a pensé que le juge du procès n'avait d'autre choix que d'imposer un verdict d'acquiescement.

Le juge Hall, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, a adopté un point de vue différent. Il a estimé que la qualité de la preuve

to the jury for an assessment of its quality in light of the opportunity she had to see him provided proper directions were given by the trial judge. He found that the applicable principle was that enunciated in *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396, and adopted by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22, rather than that put forward in *Turnbull* which the trial judge had applied. In other words, the proper test in Hall J.A.'s view was whether in light of the "dubious nature of the evidence it would be unsafe to find the prisoner guilty".

2. The Test for a Directed Verdict

In Canada the governing test for a directed verdict is set out by Ritchie J. in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067 at p. 1080, as follows:

... whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The "justice", in accordance with this principle, is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction.

I agree with Lamer J. that the division of views expressed by the majority and the minority in *Shephard* is of little relevance here. It is clear that in the present case the issue was not the credibility of the complainant but the quality of her evidence based on her opportunities for observation. However, I disagree with my colleague's view that "quality" of evidence is truly the realm of the trial judge". A jury is in just as good a position as a trial judge to assess the witness' opportunity for observation and the strength of his or her evidence based on that opportunity. Indeed, this is something that lay people are peculiarly well equipped to do.

In my view, both the law and the traditional importance of the jury require a large measure of deference to be accorded the jury even where

d'identification de la plaignante aurait dû être laissée à l'appréciation du jury, compte tenu de la possibilité qu'elle avait eu de le voir, pourvu que le juge du procès lui donne les directives appropriées.

a Il a conclu que le principe applicable est celui énoncé dans l'arrêt *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396, et adopté par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22, plutôt que celui exprimé dans l'arrêt *Turnbull* et appliqué par le juge du procès. En d'autres termes, le critère applicable, selon le juge Hall, est de savoir si, compte tenu de la [TRADUCTION] «nature douteuse de la preuve, il serait dangereux de déclarer le prévenu coupable».

2. Le critère applicable en matière de verdict imposé

Au Canada, le critère qui régit le verdict imposé a été énoncé ainsi par le juge Ritchie dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067 à la p. 1080:

... selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Conformément à ce principe, j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité.

Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que la divergence d'opinions entre les juges formant la majorité et ceux formant la minorité dans l'arrêt *Shephard* a peu d'importance en l'espèce. Il est clair que ce qui est en cause en l'espèce est non pas la crédibilité de la plaignante, mais plutôt la qualité de son témoignage en fonction de ses possibilités d'observation. Néanmoins, je ne partage pas l'avis de mon collègue que «la «qualité» de la preuve relève véritablement du juge du procès». Le jury est aussi bien placé que le juge du procès pour évaluer les possibilités d'observation qu'a eu un témoin et, en fonction de ces possibilités, la force probante de son témoignage. En fait, c'est là une tâche que le profane est particulièrement apte à accomplir.

À mon avis, tant le droit que l'importance traditionnelle accordée au jury exigent une grande déférence envers ce dernier, même lorsque la qua-

quality as opposed to credibility is at issue. Although by itself Ritchie J.'s test in *Shephard* may be susceptible of more than one interpretation, an examination of its antecedents supports the view that at this stage of the trial the judge's function is narrowly circumscribed by the central role of the trier of fact.

In *R. v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172, affirming (1948), 91 C.C.C. 210 (Ont. C.A.), this Court had occasion to expand on the dual role of a trial judge sitting alone on a motion for a directed verdict. In support of the motion the defence had argued that the evidence adduced by the Crown should leave in the mind of the trial judge a reasonable doubt as to the guilt of the accused. The trial judge proceeded to weigh the evidence in relation to the reasonable doubt standard and acquitted the accused. The Court of Appeal upheld the acquittal. However, Roach J.A. in dissent was of the view that the trial judge had no jurisdiction at this stage of the proceedings to consider the question of reasonable doubt. Rather, that question was for the jury or for the judge *qua* jury only after the defence had made its election to submit or not submit additional evidence and after that evidence, if any, was in. Roach J.A. described the limited nature of the trial judge's decision at this intermediate stage in terms of a choice between "evidence which . . . would justify a conviction" and "no evidence" as follows at pp. 215-16:

The question whether or not there was any evidence which, if believed, would justify a conviction, is a question of law. I have recorded sufficient of the Crown's evidence to make it perfectly clear that as a matter of law if the accused was being tried by a Judge and jury, rather than by a Judge alone, the Judge would have had to leave the case to the consideration of the jury either to acquit or to convict. He could not have instructed the jury that there was no evidence and directed them to return a verdict of acquittal.

Roach J.A.'s dissenting reasons found favour with a majority of this Court and it was unanimously agreed that a new trial should be ordered.

lité d'un témoignage par opposition à la crédibilité du témoin est en cause. Quoiqu'en lui-même le critère du juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard* puisse recevoir plus d'une interprétation, l'examen de ses antécédents confirme qu'à ce stade du procès la fonction du juge est étroitement circonscrite par le rôle primordial que joue le juge des faits.

Dans l'arrêt *R. v. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, confirmant (1948), 91 C.C.C. 210 (C.A. Ont.), cette Cour a eu l'occasion de traiter plus en détail le double rôle d'un juge du procès qui instruit seul une requête en obtention d'un verdict imposé. Pour appuyer sa requête, la défense avait fait valoir que la preuve soumise par le ministère public devait susciter dans l'esprit du juge un doute raisonnable quant à la culpabilité du prévenu. Le juge du procès, ayant évalué la preuve en fonction du critère du doute raisonnable, a acquitté le prévenu. La Cour d'appel a confirmé l'acquiescement. Toutefois, le juge Roach, dissident, a été d'avis que le juge du procès n'avait pas compétence à ce stade de l'instance pour examiner la question du doute raisonnable. Cette question devait plutôt être laissée à l'appréciation du jury ou du juge en tant que juge des faits, et ce, uniquement après que la défense eut choisi de présenter ou de ne pas présenter des éléments de preuve additionnels et, le cas échéant, après la production de ces éléments de preuve. Le juge Roach décrit aux pp. 215 et 216 la nature limitée de la décision du juge, à ce stade intermédiaire, comme étant un choix entre [TRADUCTION] «une preuve qui . . . justifierait une déclaration de culpabilité» et «aucune preuve»:

[TRADUCTION] La question de savoir s'il existe une preuve qui, si on y ajoutait foi, justifierait une déclaration de culpabilité, est une question de droit. J'ai relevé suffisamment d'éléments de preuve administrés par le ministère public pour qu'il soit parfaitement clair que, sur le plan du droit, si le prévenu était jugé par un juge et un jury, plutôt que par un juge seul, le juge aurait été obligé de laisser au jury le soin de les apprécier afin de prononcer un verdict d'acquiescement ou de culpabilité. Il n'aurait pas pu dire au jury qu'il n'y avait pas de preuve, ni leur imposer un verdict d'acquiescement.

Les motifs de dissidence du juge Roach ont été accueillis favorablement par cette Cour à la majorité et il a été unanimement convenu qu'un nouveau procès devait être ordonné.

A similar question as to the scope of the trial judge's function on a motion for a directed verdict arose in the context of circumstantial evidence in *R. v. Comba*, *supra*. In that case this Court set aside a jury verdict of guilt. Sir Lyman Duff C.J. stated, in effect, that cases comprised wholly of circumstantial evidence should be measured against the rule in *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. The rule states that where all the evidence is circumstantial the accused can be found guilty only if the evidence is both consistent with guilt and inconsistent with any other rational conclusion. He also remarked that this would have been an appropriate case to direct a verdict of acquittal. A line of jurisprudence subsequently developed which incorporated the rule in *Hodge's Case* into the trial judge's deliberations on a motion for a directed verdict, thus creating an exception where circumstantial evidence was concerned to the narrow role of the judge at this stage of the trial.

The divergence of views on this point was not resolved until the mid 1970's. In *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781, this Court stated that the rule in *Hodge's Case* was simply an elaboration of the reasonable doubt standard. The logical extension of this position occurred in *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181, and *Lavoie v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 193, cases in which this Court held that the rule in *Hodge's Case* and the question of reasonable doubt does not arise on a motion for a directed verdict. Although additional confusion has been generated by Ritchie J.'s seeming approval in *Shephard* of the notion that Sir Lyman Duff C.J. intended to create a special exception in *Comba*, I think his remarks must be read in light of the clear rejection only a few months later of the relevance of the *Hodge's Case* standard to directed verdicts in *Lavoie*, *supra*. Laskin C.J. wrote the judgment of a unanimous Court which included Ritchie J. and which reads in its entirety as follows at p. 193:

Une question similaire quant à l'étendue du rôle du juge du procès lorsqu'il est saisi d'une requête en obtention d'un verdict imposé s'est posée dans le contexte d'une preuve indirecte dans l'arrêt *R. v. Comba*, précité. Dans cette affaire, cette Cour a annulé le verdict de culpabilité prononcé par un jury. Le juge en chef sir Lyman Duff a dit en fait que les cas qui ne comportent que des éléments de preuve indirecte doivent être appréciés en fonction de la règle établie dans l'affaire *Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. Suivant cette règle, lorsque toute la preuve offerte est indirecte, l'accusé ne peut être déclaré coupable que si la preuve est non seulement compatible avec sa culpabilité, mais encore incompatible avec toute autre conclusion rationnelle. Il a aussi fait remarquer qu'il s'agit d'un cas où un verdict d'acquiescement aurait pu être imposé. Un courant de jurisprudence qui s'est par la suite développé a étendu l'application de la règle de l'affaire *Hodge* aux délibérations du juge saisi d'une requête en obtention d'un verdict imposé, créant ainsi une exception, dans le cas où la preuve est entièrement indirecte, au rôle limité que joue le juge à ce stade de l'instance.

La divergence d'opinions sur ce point n'a été résolue qu'au milieu des années 70. Dans l'arrêt *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781, cette Cour a dit que la règle établie dans l'affaire *Hodge* n'était qu'une illustration de la norme du doute raisonnable. Le prolongement logique de cette thèse est survenu dans les arrêts *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181, et *Lavoie c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 193, où cette Cour a jugé que la règle de l'affaire *Hodge* et la question du doute raisonnable ne se posent pas dans le cadre d'une requête en obtention d'un verdict imposé. Même si, en approuvant apparemment dans l'arrêt *Shephard* l'idée que le juge en chef sir Lyman Duff a voulu créer une exception spéciale dans l'arrêt *Comba*, le juge Ritchie a ajouté à la confusion, je crois que ses observations doivent être interprétées en fonction du rejet non équivoque, à peine quelques mois plus tard dans l'arrêt *Lavoie*, précité, de l'applicabilité de la norme de l'affaire *Hodge* en matière de verdict imposé. Le juge en chef Laskin a écrit l'arrêt unanime de la Cour, dont faisait partie le juge Ritchie; en voici le texte complet, tiré de la p. 193:

It will not be necessary to hear you, Mr. Gagnon. We are all of the opinion that there was no error in the judgment of the Court of Appeal. On the motion by the accused for a directed verdict, the rule in *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, does not apply, as this Court held in *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181. The appeal is dismissed.

Accordingly, the notion of a *Comba* exception to general principles in terms of the standard against which to measure circumstantial evidence at this stage of a trial was finally put to rest and the restrictive role of the trial judge reaffirmed.

Some of the other antecedents to *Shephard* lend further support to the view that the basis on which a trial judge can withdraw a case from the jury is extremely narrow. As mentioned earlier, Roach J.A. of the Court of Appeal in *Morabito* spoke in terms of "no evidence" and several other decisions describe the directed verdict question as the "absence of evidence" question. Perhaps the strongest statement to this effect is by Pigeon J. in *R. v. Kyling*, [1970] S.C.R. 953. In the course of his reasons he stated at p. 955:

The first reason given by the majority for dismissing the appeal was that the decision of the trial court was not really a nonsuit, but rather an acquittal on the merits, for an insufficiency, not an absence, of evidence. It was rightly pointed out that whereas the absence of any evidence is a question of law, the insufficiency of the evidence is essentially a question of fact. The right of appeal by the prosecution, however, is only on a question of law.

And later at p. 956:

In *The King v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172, this Court held that a nonsuit pronounced on a motion by the defence after the close of the case for the Crown is a decision on a question of law, namely, the absence of evidence. This rule was also held applicable to summary proceedings by the judgment in *Feeley et al. v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 59. I have found nothing in the 1955 *Criminal Code* that might imply a change in the principles underlying these judgments, nor has anything to this effect been brought to our attention.

The language in these cases would seem to limit intervention by the trial judge to instances in

Il ne sera pas nécessaire de vous entendre Maître Gagnon. Nous sommes tous d'avis qu'il n'y a aucune erreur dans le jugement de la Cour d'appel. Sur la requête de l'accusé pour un verdict dirigé, la règle de l'affaire *Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, est sans application, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181. Le pourvoi est rejeté.

Ainsi, l'idée d'une exception *Comba* aux principes généraux pour ce qui est de la norme applicable à l'évaluation d'une preuve indirecte à ce stade d'un procès a finalement été abandonnée et le rôle limité du juge réaffirmé.

Certains autres arrêts qui ont précédé l'arrêt *Shephard* étaient davantage le point de vue selon lequel les raisons pour lesquelles le juge peut dessaisir le jury sont extrêmement limitées. Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge Roach de la Cour d'appel dans l'arrêt *Morabito* a parlé d'«aucune preuve» et plusieurs autres décisions décrivent la question du verdict imposé comme celle de l'«absence de preuve». Le commentaire sans doute le plus fort en ce sens est celui du juge Pigeon dans l'arrêt *R. c. Kyling*, [1970] R.C.S. 953. Dans ses motifs, il affirme, à la p. 955:

Le premier motif donné par les juges de la majorité pour rejeter l'appel c'est que le jugement de première instance ne serait pas vraiment une ordonnance de non-lieu mais bien un acquittement prononcé au fond non pas pour absence mais pour insuffisance de preuve. On fait observer, ce qui est exact, que tandis que l'absence de preuve est une question de droit, l'insuffisance de preuve est essentiellement une question de fait. Or, le droit d'appel ne peut être exercé par la poursuite que sur une question de droit.

Et plus loin, à la p. 956:

Dans *Le Roi c. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, cette Cour a statué qu'une ordonnance de non-lieu prononcée à la demande de la défense après la clôture de la preuve de la poursuite est une décision portant sur une question de droit, savoir l'absence de preuve. Cette même règle a été déclarée applicable à un procès sommaire par l'arrêt rendu dans *Feeley et autres c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 59. Je n'ai rien trouvé dans le *Code criminel* de 1955 qui soit de nature à impliquer un changement dans les principes qui ont motivé ces arrêts et rien de tel nous a été signalé.

Les termes employés dans ces affaires sembleraient limiter les interventions du juge du procès

which there is absolutely no evidence at all. While this would seem to offer a simple and clear-cut standard, I believe that in this context "no evidence" is not to be taken literally as meaning a total absence of any evidence but as meaning rather no evidence capable of supporting a conviction.

The dissenting reasons of de Grandpré J. in *Paul* afford, perhaps, the clearest insight into the special meaning of "no evidence". In that case Ritchie J. for the majority ordered a new trial, thus overturning a directed verdict of acquittal at trial on a charge of knowing possession of stolen goods. He stated at p. 189 that in his view the admitted facts were such that "a properly instructed jury might reasonably have drawn the inference that they [the goods] did not get there without having been stolen by somebody". De Grandpré J. (Laskin C.J. and Spence J. concurring) disagreed. He felt that evidence on two of the essential elements of the offence in question was lacking. In the course of his reasons de Grandpré J. wrote at pp. 185-86:

There is no question that on a motion for nonsuit the accused can only be released if there is an absence of evidence. In this connection we need only refer to the remarks of Pigeon J. in *The Queen v. Kyling*, [1970] S.C.R. 953, at p. 956:

As Pigeon J. points out, the applicable principles were discussed more fully in *Morabito* and *Feeley*, and I adopt the reasons expressed in those cases.

However, the expression "absence of evidence" does not mean that the motion for a nonsuit must be dismissed whenever there is an iota of evidence, no matter how inconsequential this may be. On the contrary, a careful reading of *Feeley*, referred to above, discloses that there were few iotas of evidence in that case. Appellants had been acquitted at first instance on a motion for nonsuit, and the Court of Appeal had set aside this acquittal and ordered a new trial. This Court unanimously reinstated the judgment of acquittal with respect to three of the four appellants. Cartwright J., as he then was, speaking for the Court, emphasized that

aux cas où il n'y a absolument aucune preuve. Bien que cela semble fournir une norme simple et bien définie, je crois néanmoins que, dans ce contexte, l'expression «aucune preuve» ne doit pas être interprétée littéralement comme signifiant une absence totale de preuve, mais doit plutôt s'entendre d'aucune preuve susceptible de justifier une déclaration de culpabilité.

L'opinion dissidente du juge de Grandpré dans l'arrêt *Paul* nous éclaire peut-être le mieux sur le sens spécial de l'expression «aucune preuve». Dans cette affaire, le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a ordonné un nouveau procès, renversant ainsi un verdict imposé d'acquiescement d'une accusation de possession de marchandises qu'on savait avoir été volées. Il dit, à la p. 189, qu'à son avis les faits reconnus sont tels qu'un jury, après avoir reçu des directives appropriées, aurait pu raisonnablement déduire que les [marchandises] étaient à cet endroit parce que quelqu'un les avait volé[s]. Le juge de Grandpré (aux motifs duquel ont souscrit le juge en chef Laskin et le juge Spence) ne partageait pas cette opinion. Il estimait qu'il y avait absence de preuve de deux des éléments essentiels de l'infraction en cause. Dans ses motifs, le juge de Grandpré écrit, aux pp. 185 et 186:

Il ne fait aucun doute que sur une motion de non-lieu, l'accusé ne peut être libéré que s'il y a absence de preuve. Il suffit de relire à ce sujet ce que disait M. le juge Pigeon dans l'arrêt *R. c. Kyling*, [1970] R.C.S. 953, à la p. 956:

Comme le souligne M. le juge Pigeon, les principes pertinents ont été discutés plus amplement dans les affaires *Morabito* et *Feeley* et je fais miens les motifs exprimés dans ces arrêts.

Toutefois, l'expression «absence de preuve» ne veut pas dire que la motion de non-lieu doive être renvoyée chaque fois qu'il y a un iota de preuve, si peu convaincant soit-il. Au contraire, une lecture attentive de l'arrêt *Feeley* précité démontre qu'il y avait là quelques iotas de preuve. Les appelants avaient été acquittés en première instance sur motion de non-lieu et la Cour d'appel avait mis de côté cet acquiescement et ordonné un nouveau procès. Notre Cour à l'unanimité rétablit le jugement d'acquiescement en faveur de trois des quatre appelants. Par la voix de M. le juge Cartwright, tel qu'il était alors, cette Cour souligne que les divers éléments de preuve

the various aspects of the evidence "taken together, are insufficient to make out a prima facie case" (p. 64).

(Emphasis added.)

In de Grandpré J.'s view the Court of Appeal had not only applied the correct principles of law but had also correctly concluded that the evidence submitted by the Crown met the "absence of evidence" standard.

The division of views in *Paul* in a sense highlights the area in which a trial judge can legitimately impose his or her assessment of the evidence on the trier of fact. As in *Comba* the crucial evidence in *Paul* was circumstantial. The minority found that it failed to establish any direct link between the goods in question and a theft. Ritchie J. for the majority thought that the facts were such that one could infer they had been stolen. He stated at pp. 191-92:

As I have indicated, however, I do not think that the judgment of Sir Lyman Duff in the *Comba Case, supra*, in which he reiterates the rule in *Hodge's Case* has any application to the circumstances here disclosed. I am rather of opinion, as indicated by Mr. Justice Pigeon in *R. v. Kyling*, [1970] S.C.R. 953 at p. 957, that the true test to be applied before granting a nonsuit is whether the Crown evidence gives rise merely to a suspicion or whether it is such as to justify the drawing of an inference.

(Emphasis added.)

Thus, in a sense, what was a "mere suspicion" for the minority was a "valid inference" for the majority. This debate over the line between suspicion and inference is likely to appear in any case in which circumstantial evidence of an essential element of the offence is dubious. However, even where the critical link is purported to be established by direct evidence, it can, in my view, be withheld from the jury only at that same point, *i.e.*, where the evidence approaches a similar level of extreme dubiousness or insufficiency in the sense of simply raising a suspicion or a conjecture of guilt and no more.

[TRADUCTION] «pris ensemble, sont insuffisants pour en faire une affaire qui, de prime abord, paraît bien fondée» (à la p. 64).

a (C'est moi qui souligne.)

b Selon le juge de Grandpré, la Cour d'appel a non seulement appliqué les bons principes de droit, mais encore a eu raison de conclure que la preuve offerte par le ministère public satisfaisait à la norme de «l'absence de preuve».

c Cette divergence d'opinions dans l'arrêt *Paul* fait en un sens ressortir les paramètres à l'intérieur desquels le juge du procès peut légitimement imposer son évaluation de la preuve au juge des faits. Tout comme dans l'affaire *Comba*, la preuve décisive dans l'affaire *Paul* était indirecte. Les juges formant la minorité ont jugé qu'elle n'établissait pas de lien direct entre les marchandises en cause et un vol. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la majorité, a estimé que les faits permettaient de déduire qu'elles avaient été volées. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 191 et 192:

e Cependant, comme je l'ai indiqué, je ne crois pas que le jugement de Sir Lyman Duff dans l'affaire *Comba*, précitée, où il réitère la règle formulée dans l'affaire *Hodge*, puisse s'appliquer ici. Je suis plutôt d'avis comme l'était mon collègue le juge Pigeon dans *R. c. Kyling*, [1970] R.C.S. 953, à la p. 957, qu'avant d'accorder une requête de non-lieu, il faut d'abord déterminer si la preuve du ministère public ne fait simplement qu'éveiller un soupçon ou si elle justifie une déduction.

g (C'est moi qui souligne.)

h Ainsi, en un sens, ce qui n'était qu'un «simple soupçon» aux yeux de la minorité, était une «déduction justifiée» pour la majorité. Ce débat sur la ligne de démarcation entre le soupçon et la déduction risque de réapparaître dans toute affaire où la preuve indirecte d'un élément essentiel de l'infraction est douteuse. Toutefois, même lorsque ce lien décisif est apparemment établi au moyen d'une preuve directe, on ne peut, à mon avis, en dessaisir le jury qu'à ce même point, *c.-à-d.*, lorsque la preuve atteint presque un niveau semblable de doute extrême ou d'insuffisance extrême, en ce sens qu'elle ne soulève qu'un simple soupçon ou une simple hypothèse de culpabilité et rien de plus.

The traditional formulation of the test for a directed verdict also suggests that the "absence of evidence" standard is not meant to be interpreted in literal terms. In *Feeley v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 59, Cartwright J. (as he then was) for the Court summarized the applicable principles as follows at pp. 60-61:

It is common ground that had the learned Magistrate refused the motion the appellants would have had the right to call evidence for the defence if so advised and counsel for the respondent submits that the decision of this Court in *The King v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172, establishes (i) that at that stage it was open to the learned Magistrate to dismiss the charge unless there was no evidence on which, had the trial been before a jury, a properly instructed jury, acting reasonably, might have convicted the accused, and (ii) that whether or not there was such evidence is "a question of law alone" within the meaning of s. 1013(4) of the *Code*. I agree with this submission.

Cartwright J.'s qualification of the appropriate standard in terms of whether a properly instructed jury might convict appears throughout the jurisprudence and is reflected by Ritchie J. in *Shephard*. Indeed, the link made by Ritchie J. in *Shephard* between the test for a directed verdict and that for sufficiency of evidence under s. 475 of the *Criminal Code* supports the notion that "no evidence" represents a degree of quality rather than an absence of any evidence, good or bad. In addition, Ritchie J. in the course of his reasons gives some indication of the point at which poor quality evidence reaches that degree of extreme insufficiency. His implicit approval of the refusal to issue a warrant for extradition in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206, provides a concrete illustration of identification evidence which is so dubious that a properly instructed jury could not reasonably convict. In that case, Thurlow J. (as he then was) of the Federal Court of Appeal described the evidence in question as follows at p. 1214:

La formulation traditionnelle du critère applicable en matière de verdict imposé laisse entendre aussi que la norme de l'«absence de preuve» ne doit pas être interprétée littéralement. Dans l'arrêt *Feeley v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 59, le juge Cartwright (alors juge puîné), s'exprimant au nom de la Cour, résume ainsi les principes applicables, aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Il est reconnu que si le savant magistrat avait rejeté la requête, les appelants auraient alors eu le droit de faire une preuve pour la défense, s'ils l'avaient cru utile, et l'avocat de l'intimée prétend que la décision de cette Cour dans *Le Roi c. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, établit (i) qu'à ce stade, il n'était pas permis au savant magistrat de rendre une ordonnance de non-lieu sauf s'il n'y avait aucune preuve en fonction de laquelle un jury, ayant reçu les directives appropriées et agissant raisonnablement, aurait pu déclarer l'accusé coupable, si le procès s'était déroulé devant un jury, et (ii) que l'existence ou l'inexistence d'une telle preuve est «une simple question de droit» aux termes du par. 1013(4) du *Code*. Je suis d'accord avec cette prétention.

La réserve dont le juge Cartwright assortit la norme applicable, en ce sens qu'il s'agit de déterminer si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure à la culpabilité, se retrouve dans toute la jurisprudence et ressort de l'opinion du juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard*. En fait, le lien qu'y fait le juge Ritchie entre le critère applicable en matière de verdict imposé et celui relatif à la suffisance de la preuve en vertu de l'art. 475 du *Code criminel*, appuie l'idée que l'expression «aucune preuve» représente un degré de qualité plutôt qu'une absence totale de preuve bonne ou mauvaise. En outre, le juge Ritchie donne, dans ses motifs, certaines indications quant au moment où une preuve de piètre qualité atteint ce degré d'insuffisance extrême. Son approbation implicite du refus de décerner le mandat d'extradition dans l'affaire *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206, fournit une illustration concrète d'une preuve d'identification tellement douteuse qu'un jury ayant reçu des directives appropriées ne pourrait pas raisonnablement conclure à la culpabilité. Dans cette affaire, le juge Thurlow (alors juge puîné) de la Cour d'appel fédérale donne de la preuve en cause la description suivante, à la p. 1214:

Indeed, I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence as a purported identification made a year after the event by a person who did not previously know the accused and whose only opportunity to observe him was a fleeting one from a distance of some sixty feet, if indeed he ever got that close. The evidence of the witness having selected the respondent's identification card is not in itself evidence implicating the respondent, and in the circumstances as described it tends to weaken rather than to strengthen the identification made by Atilano at the hearing . . . Nor was there anything else to implicate the respondent or corroborate such identification.

Unlike my colleague, Lamer J., I do not think that the extension of the absence of evidence standard implicit in the test of whether a properly instructed jury might convict vests in the trial judge an unbounded discretion over the qualitative aspects of evidence. The use of the terms "no evidence" and "absence of evidence" at the very least imports a notion of constraint and stringency into the standard. However, I do agree with my colleague that Sir Lyman Duff C.J.'s direction in *Comba* with regard to the dubious nature of the evidence does not create a test of dubiousness which is separate and distinct from the test in *Shephard*. In my view *Comba* and *Shephard* are consistent with one another. Certainly this was the view of Ritchie J. in *Shephard*. He remarked on *Comba* at pp. 1081-82 as follows:

It is to be observed that there was no suggestion in the *Comba* case that any of the evidence called by the Crown was either tainted or unreliable. It came from witnesses whose integrity was at no time put in question and who testified as to a variety of circumstances which had excited enough suspicion against the accused to occasion his arrest and trial but which taken together did not establish his guilt in accordance with the accepted standards of proof in such cases which are described by Duff C.J. . . .

Ritchie J. then quotes Sir Lyman Duff C.J.'s formulation of the rule in *Hodge's Case*. As mentioned earlier, this causes some confusion over

De plus, je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue que cette prétendue identification qui a eu lieu un an après l'événement et qui a été effectuée par une personne qui ne connaissait pas l'accusé auparavant et qui, de plus, n'a eu l'occasion de le voir qu'au moment où il s'enfuyait et ce à une distance d'à peu près soixante pieds, si tant est qu'il s'en soit approché d'aussi près. Que le témoin ait choisi la carte d'identité de l'intimé ne prouve pas en soi que l'intimé était mêlé à l'affaire. Je dirais même que, vu les circonstances telles que décrites, cet élément tend à affaiblir plus qu'à renforcer la force probante de l'identification faite à l'audience par Atilano . . . Aucune autre preuve n'a été présentée tendant à impliquer l'intimé ou à corroborer cette identification.

Contrairement à mon collègue le juge Lamer, je ne pense pas que l'élargissement de la norme de l'absence de preuve, implicite dans le critère consistant à déterminer si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure à la culpabilité, confère au juge du procès un pouvoir discrétionnaire illimité sur les aspects qualitatifs de la preuve offerte. Le recours aux expressions «aucune preuve» et «absence de preuve» a pour effet à tout le moins d'assortir la norme d'une idée de contrainte et de rigueur. Cependant, je suis d'accord avec mon collègue pour dire que la directive du juge en chef sir Lyman Duff, dans l'arrêt *Comba*, quant à la nature douteuse de la preuve, ne crée pas un critère du caractère douteux séparé et distinct du critère de l'arrêt *Shephard*. À mon sens, les arrêts *Comba* et *Shephard* sont compatibles. C'était là certainement l'avis du juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard*. Voici ce qu'il fait observer concernant l'arrêt *Comba*, aux pp. 1081 et 1082:

Soulignons que dans l'affaire *Comba*, on n'a pas prétendu que la preuve soumise par le ministère public était viciée ou douteuse. L'intégrité des témoins n'a jamais été mise en doute; ils ont déposé sur divers faits qui faisaient peser suffisamment de soupçons sur l'accusé pour justifier son arrestation et son procès, mais qui, pris globalement, n'établissaient pas sa culpabilité conformément aux critères reconnus en matière de preuve dans les cas que le juge en chef Duff décrit . . .

Le juge Ritchie cite ensuite la formulation que donne le juge en chef sir Lyman Duff de la règle établie dans l'affaire *Hodge*. Comme je l'ai dit

whether *Comba* imported the reasonable doubt standard into the test for a directed verdict in cases based on circumstantial evidence. In light of this Court's position in *Paul* and in *Lavoie*, it is my view that Ritchie J. in *Shephard* was using *Comba* simply to illustrate his point that poor quality evidence which merely raises a suspicion may legitimately be withheld from the jury in contradistinction to evidence that is poor in the sense of lacking in credibility. The question then is what content is to be given to Sir Lyman Duff C.J.'s concept of dubiousness or to Ritchie J.'s concept of a proper and reasonable basis for conviction. Can the content be articulated in a way that is useful without being overly cumbersome and inflexible?

In the case at bar, Hall J.A. proposed the *Comba* test of dubiousness as an alternative to Lord Widgery C.J.'s direction in *Turnbull* which had been relied on by the trial judge. Again, I do not think that the controversy in this case stems from competing judicial tests. Apart from the question of Lord Widgery C.J.'s requirement of corroboration for poor quality evidence which does not arise here, I do not think there is such inconsistency between *Turnbull* and *Shephard* that they must be viewed as imposing different standards. In fact, *Turnbull* makes it quite clear that what is usually required in cases which turn on eyewitness testimony is a direction to the jury as to the inherent frailty of identification evidence coupled with an instruction to consider carefully the conditions under which the identification is made. Lord Widgery C.J. elaborated on the caution to be given as follows at p. 552:

Secondly, the judge should direct the jury to examine closely the circumstances in which the identification by each witness came to be made. How long did the witness have the accused under observation? At what distance?

précédemment, c'est là une source de confusion quant à savoir si l'arrêt *Comba* a assorti de la norme du doute raisonnable le critère applicable en matière de verdict imposé dans les affaires où la preuve offerte est indirecte. Compte tenu de la position de cette Cour dans les arrêts *Paul* et *Lavoie*, je suis d'avis que le juge Ritchie, dans l'arrêt *Shephard*, a eu recours à l'arrêt *Comba* simplement pour illustrer son point de vue qu'on peut à bon droit ne pas soumettre à l'appréciation du jury une preuve de piètre qualité qui ne fait que soulever des soupçons, par opposition à une preuve qui est faible en ce sens qu'elle est peu digne de foi. Donc, la question qui se pose est celle du contenu qu'il faut donner au concept du caractère douteux formulé par le juge en chef sir Lyman Duff, ou au concept du motif régulier et raisonnable justifiant une déclaration de culpabilité, formulé par le juge Ritchie. Peut-on définir ce contenu d'une manière qui soit utile sans être inutilement lourde et rigide?

En l'espèce, le juge Hall de la Cour d'appel a proposé d'utiliser le critère du caractère douteux formulé dans l'arrêt *Comba* plutôt que la directive du juge en chef lord Widgery, dans l'arrêt *Turnbull*, sur laquelle s'était fondé le juge du procès. Ici encore, je ne pense pas que la controverse en l'espèce découle de critères judiciaires contradictoires. Mise à part la question de la corroboration que requiert le juge en chef lord Widgery dans le cas d'une preuve de piètre qualité, question qui ne se pose pas en l'espèce, je ne pense pas que les arrêts *Turnbull* et *Shephard* soient incompatibles au point de devoir considérer qu'ils imposent des normes différentes. En fait, l'arrêt *Turnbull* dit clairement que ce qui est habituellement nécessaire dans des affaires qui reposent sur la déposition de témoins oculaires, c'est une directive au jury quant à la faiblesse inhérente de la preuve d'identification, assortie de l'instruction d'examiner soigneusement les conditions dans lesquelles l'identification a été faite. À la page 552, le juge en chef lord Widgery donne des détails sur la mise en garde qu'il faut alors donner:

[TRADUCTION] Deuxièmement, le juge doit donner comme directive au jury d'examiner soigneusement les circonstances dans lesquelles chaque témoin a procédé à l'identification. De combien de temps le témoin a-t-il

In what light? Was the observation impeded in any way, as for example by passing traffic or a press of people? Had the witness ever seen the accused before? How often? If only occasionally, had he any special reason for remembering the accused? How long elapsed between the original observation and the subsequent identifica-
 a tion to the police? Was there any material discrepancy between the description of the accused given to the police by the witness when first seen by them and his actual appearance?

One can deduce from this catalogue of impediments to accuracy that observations made under less than ideal conditions by witnesses can never-
 c theless be put to the jury. This is consistent with the *Shephard* formulation of the test.

After giving several examples of good quality evidence, Lord Widgery C.J. went on to suggest at p. 553 that where the quality is poor "as for example when it depends solely on a fleeting glance or on a longer observation made in difficult conditions", the trial judge should withdraw the case from the jury and direct a verdict of acquittal. Thus, at some point the adverse conditions for observation cannot be cured by a caution. Again this is consistent with Ritchie J.'s implicit approval of *Hernandez*. Unfortunately, Lord Widgery C.J. does not indicate, and it is perhaps impossible to do so, when the borderline is crossed. No one would take issue with the "fleeting glance" test; it represents the extreme of frailty which cannot be cured by a caution. The real difficulty is with "a longer observation made in difficult conditions". In this sense *Turnbull* is more significant for what it does not lay down. If it sets out any principle with regard to the test for a directed verdict, it is the principle that the quality of a witness' identification is directly related to the extent of the witness' opportunity for observation. However, *Turnbull* offers no workable criteria for determining when conditions are so difficult that an eyewitness' testimony should not be relied on or, in the language of the Canadian cases, when valid inferences become mere suspicions. The only guidance

disposé pour observer le prévenu? À quelle distance? Sous quel éclairage? Y-avait-il quelque obstacle à sa vue, comme par exemple la circulation automobile ou une foule? Le témoin avait-il déjà vu le prévenu? À
 a combien de reprises? Si ce n'était qu'à quelques occasions, avait-il des raisons particulières de se souvenir du prévenu? Combien de temps s'est-il écoulé entre le moment de cette première observation et l'identification subséquente en présence des policiers? Y avait-il des
 b divergences importantes entre la description donnée du prévenu par le témoin aux agents de police la première fois et son aspect physique véritable?

On peut déduire de cette liste d'entraves à la
 c précision que les observations des témoins qui ne sont pas faites dans des conditions idéales peuvent néanmoins être soumises à l'appréciation du jury. Cela est conforme à la formulation du critère que donne l'arrêt *Shephard*.

d Après avoir donné plusieurs exemples d'une preuve de bonne qualité, le juge en chef lord Widgery laisse entendre, à la p. 553, que lorsque la preuve est de piètre qualité [TRADUCTION]
 e «comme par exemple lorsqu'elle dépend uniquement d'une vision momentanée ou d'une observation plus longue faite dans des conditions difficiles», le juge du procès devrait dessaisir le jury et imposer un verdict d'acquiescement. Ainsi, jusqu'à
 f un certain point, une mise en garde ne peut pas remédier à des conditions d'observation défavorables. Encore une fois, cela est compatible avec l'approbation implicite par le juge Ritchie de l'arrêt *Hernandez*. Malheureusement, le juge en chef
 g lord Widgery n'indique pas, et peut-être est-il impossible de le faire, où se situe la ligne de démarcation. Personne ne contestera le critère de la «vision momentanée»; il représente une faiblesse
 h de preuve extrême, à laquelle ne saurait remédier une mise en garde. La véritable difficulté surgit dans le cas «d'une observation plus longue faite dans des conditions difficiles». En ce sens, l'arrêt *Turnbull* est plus éloquent par ce qu'il ne dit pas.
 i S'il énonce quelque principe en ce qui concerne le critère applicable en matière de verdict imposé, c'est celui portant que la qualité de l'identification par un témoin est liée directement à la mesure
 j dans laquelle le témoin a pu faire une observation.

Turnbull gives is on the actual fact situation in *Turnbull* itself and in the accompanying appeals.

The fact situation in *Turnbull* is by and large unhelpful as the challenged evidence was recognition evidence and was supported by ample additional evidence. Accordingly, it passed Lord Widgery C.J.'s test and was found to have been properly put to the jury. In the other two appeals dealt with by the Court at the same time the convictions were quashed. However, they involved significantly worse conditions of observation than those in the present case and in this respect resemble the evidentiary basis in *Hernandez*. In *R. v. Roberts* the assailant was a stranger to the complainant, the attack was over in a few moments, the place of the attack was dark except for the flashing lights of the dance hall, the accused's subsequent conduct was consistent with his denial of guilt and there were significant contradictions in the descriptions of the identifying witnesses. In *R. v. Whitby* the identifications were of a man in a balaclava who had been seen for a short time during a robbery. One witness had seen him from the rear only; the other witness gave a completely inconsistent description before picking the accused out of a line-up. There is very little one can point to in either of these cases which would redeem the obvious untrustworthiness of the identification evidence. Together with *Comba* and *Hernandez* they serve to delineate the line beyond which it would be improper in law to put the question of guilt or innocence to the jury. The case at hand requires that one delineate the opposite boundary, namely that beyond which it would be improper in law to withhold the question of culpability from the jury. I agree that within these broad parameters deference should in general be paid to the decision of the trial judge. Although the cases continually assert that whether there is an "absence of evidence" is a question of law upon which either party can appeal, this does not mean that the reviewing court should automatically intervene

Cependant, l'arrêt *Turnbull* n'offre aucun critère pratique permettant de déterminer dans quels cas ces conditions ont été difficiles au point qu'on ne doit pas se fier à la déposition d'un témoin oculaire ou, pour reprendre les termes de la jurisprudence canadienne, dans quels cas des déductions justifiées deviennent de simples soupçons. Le seul guide qu'offre l'arrêt *Turnbull* concerne les faits en cause dans cette affaire et dans les appels qui l'ont entourée.

Les faits de l'affaire *Turnbull* ne nous sont guère utiles puisque la preuve contestée consistait en la preuve qu'on avait reconnu le prévenu, preuve amplement étayée par d'autres éléments de preuve. En conséquence, elle répondait au critère du juge en chef lord Widgery et on a jugé qu'elle avait été soumise à bon droit à l'appréciation du jury. Dans les deux autres appels dont la cour avait été saisie en même temps, les déclarations de culpabilité ont été annulées. Cependant, les conditions d'observation y étaient beaucoup plus mauvaises que celles de la présente espèce et, à cet égard, elles ressemblent au fondement probatoire de l'arrêt *Hernandez*. Dans l'affaire *R. v. Roberts*, la plaignante ne connaissait pas son agresseur, l'agression n'avait duré que quelques instants, sous l'unique éclairage intermittent de la salle de danse, le comportement subséquent du prévenu était compatible avec sa dénégation de culpabilité et il y avait des contradictions importantes dans la description que les témoins avaient donnée de l'agresseur. Dans l'affaire *R. v. Whitby*, les identifications données concernaient un homme portant un passe-montagne, aperçu pendant un court laps de temps au cours d'un vol qualifié. L'un des témoins ne l'avait vu que de dos; l'autre avait donné une description totalement incompatible avant de désigner le prévenu au cours d'une séance d'identification. Il y a vraiment peu de chose que l'on puisse invoquer dans l'une ou l'autre de ces affaires, qui soit susceptible de remédier au caractère douteux évident de cette preuve d'identification. Avec les arrêts *Comba* et *Hernandez*, ces décisions servent à tracer la limite au delà de laquelle il serait de mauvais droit de soumettre à l'appréciation du jury la question de la culpabilité ou de l'innocence. La présente espèce exige que l'on trace la limite opposée, savoir celle au delà de laquelle il serait de mauvais droit de ne pas soumettre à l'appréciation du jury la question de la culpabilité. Je conviens

whenever it disagrees with the trial judge's assessment. However, unlike Lamer J., I do not believe that Wright J.'s assessment of the complainant's initial identification evidence falls within that area of deference.

It seems to me that *Turnbull* provides some useful guidance on how to delineate the line between suspicion and inference and fill the analytic gap left by Lord Widgery C.J.'s reference to "difficult conditions". One can infer from the kinds of considerations enumerated in that case as going to the quality of identification evidence that, at the very least, the trial judge should address his or her mind to the same kind of considerations in determining whether or not to direct a verdict. In addition, it would seem to follow that where the frailties in the evidence can be remedied by a caution, the judge should leave the matter to the jury. This, indeed, is the ultimate test; can the frailties be remedied by an appropriate caution? It is not, in my view, good enough for a trial judge to make a finding as to the quality of the evidence. He must go on to determine whether the adverse conditions for observation can be taken care of by an appropriate caution. If they can, then Ritchie J.'s test of sufficiency in *Shephard* can be met, *i.e.*, there is "evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty" (p. 1080).

I do not mean to suggest that the trial judge should in every case be held to a rigid tabulation of the factors listed in *Turnbull*. A mechanical test would not reflect the infinite particularity of possible fact situations. The *Turnbull* caution does, however, identify a number of factors which can clearly affect the quality of eyewitness evidence:

qu'à l'intérieur de ces larges paramètres on devrait en général respecter la décision du juge du procès. Même si la jurisprudence continue d'affirmer que la question de savoir s'il y a «absence de preuve»
 a est une question de droit dont l'une ou l'autre partie peut interjeter appel, cela ne veut pas dire que le tribunal d'examen doit automatiquement intervenir chaque fois qu'il est en désaccord avec l'évaluation du juge du procès. Toutefois, contrairement au juge Lamer, je ne crois pas que l'évaluation par le juge Wright de la preuve d'identification initiale de la plaignante se situe à l'intérieur de ces paramètres où il faut respecter la décision du juge.

Il me semble que l'arrêt *Turnbull* peut servir de guide utile pour ce qui est de tracer la ligne de démarcation entre un soupçon et une déduction et de combler la lacune analytique créée par le juge en chef lord Widgery quand il a parlé de [TRANSDUCTION] «conditions difficiles». On peut déduire du genre de facteurs énumérés dans cette affaire comme influant sur la qualité de la preuve d'identification que le juge du procès doit tout au moins tenir compte du même genre de facteurs en décidant s'il doit imposer ou non un verdict. En outre, il semblerait s'ensuivre que, lorsque les faiblesses de la preuve peuvent être corrigées par une mise en garde, le juge doit soumettre l'affaire à l'appréciation du jury. C'est là, en vérité, le critère ultime; une mise en garde appropriée peut-elle remédier aux faiblesses? Il ne suffit pas, à mon avis, que le juge du procès statue sur la qualité de la preuve. Il doit déterminer en outre si on peut remédier aux conditions d'observation défavorables par une mise en garde appropriée. S'il est possible de le faire, alors le critère de suffisance de la preuve énoncé par le juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard* peut être satisfait, *c.-à-d.* qu'il existe «des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité» (p. 1080).

Je ne veux pas laisser entendre que le juge du procès doit dans chaque cas s'en tenir à une classification rigide des facteurs énumérés dans l'arrêt *Turnbull*. Un critère automatique ne refléterait pas les particularités infinies que peuvent offrir toutes les situations de fait possibles. La mise en garde de l'arrêt *Turnbull* identifie cependant un

length of observation, distance, light, obstructions to view, recognition, time between original observation and subsequent description to the police and discrepancies between that description and the accused's appearance. No doubt there are many more. The consistency in the witness' descriptions (relevant in this case), his or her degree of attention and awareness at the time of the crime, and the witness' reaction at subsequent encounters with the accused (also relevant in this case) are some that come readily to mind.

In the present case the evidence, apart from the suggestiveness of the courtroom identification, is dubious with regard to only two of the *Turnbull* factors, namely the poor lighting during most of the encounter and the fact that the assailant was a stranger to the complainant. These factors will be present in a large number of rape cases. I agree with Matas J.A. that we have to have regard to the realities of this particular offence. Wright J. seemed especially concerned by the lack of lighting. Admittedly in some circumstances, such as total darkness or the use of masks, a single factor by itself may require a directed verdict. However, it is clear from the *Turnbull* caution that imperfect or partial lighting does not always undermine accuracy. In my view, the question of whether or not it did so in this case should have been left to the jury. The complainant's first impression occurred under streetlights. The ensuing twenty minutes or so were in the dark but at close contact. The witness was fairly self-possessed a few hours later and was able at that point to give a general but coherent description. Her subsequent descriptions including the police portrait were for the most part consistent with that first description. In addition, she visibly reacted when later shown the accused in the course of a courtroom identification.

certain nombre de facteurs qui peuvent clairement influencer sur la qualité de la déposition d'un témoin oculaire: la durée de l'observation, la distance, l'éclairage, les obstacles à la vue, le fait de reconnaître quelqu'un, le temps écoulé entre la première observation et la description donnée ultérieurement aux policiers et les divergences entre cette description et l'aspect physique du prévenu. Il ne fait pas de doute qu'il en existe beaucoup d'autres. La cohérence des descriptions données par le témoin (importante en l'espèce), le degré d'attention qu'il ou elle a porté à l'agresseur et sa lucidité au moment du crime, sa réaction lors des confrontations subséquentes avec le prévenu (importante aussi en l'espèce) en sont quelques-uns qui nous viennent tout de suite à l'esprit.

En l'espèce, la preuve, mise à part la suggestivité de l'identification en salle d'audience, est douteuse à l'égard de seulement deux des facteurs de l'arrêt *Turnbull*, savoir le mauvais éclairage pendant une grande partie du temps qu'a duré l'agression et le fait que la plaignante ne connaissait pas son agresseur. Ces facteurs se retrouvent dans un bon nombre de cas de viol. Je suis d'accord avec le juge Matas pour dire que nous devons tenir compte des réalités entourant cette infraction particulière. Le juge Wright a semblé particulièrement préoccupé par l'absence d'éclairage. Certes, dans certaines circonstances, comme par exemple lorsque le tout s'est déroulé en pleine obscurité ou lorsqu'il y a eu utilisation d'un masque, un seul facteur peut en soi exiger un verdict imposé. Cependant, la mise en garde de l'arrêt *Turnbull* montre clairement qu'un éclairage imparfait ou partiel n'a pas toujours pour effet de miner la précision. À mon avis, il aurait fallu laisser au jury le soin de décider si cela a été le cas en l'espèce. La première impression de la plaignante s'est produite sous l'éclairage de la rue. Ils ont passé les quelque 20 minutes qui ont suivi dans l'obscurité, mais en étant tout près l'un de l'autre. Le témoin, qui avait passablement conservé toute sa présence d'esprit quelques heures plus tard, a été en mesure à ce moment-là de donner une description générale mais cohérente. Ses descriptions subséquentes, y compris le portrait-robot de la police, étaient en grande partie compatibles avec sa première description. En outre, elle a visiblement réagi lorsqu'elle a aperçu ultérieurement l'accusé, au cours d'une identification en salle d'audience.

In sum, except for the fact that her assailant was a stranger, the darkness behind the CN sheds, and several minor inconsistencies with regard to the length of hair and the fabric and length of the coat, the complainant's identification was detailed and coherent. It would be surprising indeed if such evidence was relegated to the category of mere suspicion and conjecture. The trial judge correctly focussed on the lighting as the crucial factor in relation to accuracy. However, I think that any weakness generated by the partially lit conditions was well within the ability of the jury to handle sensibly in combination with an appropriate caution. Any other interpretation would be inconsistent with the scope and purpose of Lord Widgery C.J.'s comparatively detailed direction in this regard and with the stringency of the absence of evidence standard which underlies Ritchie J.'s test in *Shephard*. It follows that Wright J. could not have directed himself to these considerations and in particular to the question of whether the dubiousness generated by the poor lighting could be adequately addressed in a strongly worded caution. Thus, whether one regards Wright J.'s decision as flowing from a misunderstanding of *Turnbull* or as a failure to apply *Shephard*, the conclusion seems inescapable that he committed an error of law in directing a verdict of acquittal on the basis solely of the quality of the initial identification evidence.

3. The Effect of Improper Police Procedures

I have considered Wright J.'s assessment of the complainant's initial identification evidence in isolation from the issue of the possible detrimental impact on it of the subsequent improper police procedures. In practice, one could consider all the factors going to quality of the evidence together and only then apply the *Shephard* test with regard to the capacity of a properly instructed jury to convict on it. This was the approach taken by Matas J.A. For purposes of the present discussion

En somme, si ce n'est le fait que son agresseur lui était étranger et hormis l'obscurité qui régnait derrière les hangars du CN et plusieurs contradictions mineures quant à la longueur des cheveux et à la nature du matériel et à la longueur du manteau, l'identification faite par la plaignante est détaillée et cohérente. Il serait étonnant en vérité si de telles preuves étaient reléguées à la catégorie des simples conjectures et soupçons. Le juge du procès a insisté à bon droit sur l'éclairage comme étant le facteur décisif au chapitre de la précision. Mais je pense que le jury avait la capacité d'apprécier judicieusement toute faiblesse due aux mauvaises conditions d'éclairage, après avoir reçu une mise en garde appropriée. Toute autre interprétation serait incompatible avec la portée et l'objet de la directive relativement détaillée que le juge en chef lord Widgery a donnée à cet égard, et avec la rigueur de la norme d'absence de preuve qui soutient le critère énoncé par le juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard*. Il s'ensuit qu'il n'est guère possible que le juge Wright ait considéré ces facteurs et en particulier la question de savoir si le caractère douteux suscité par le mauvais éclairage pouvait être abordée adéquatement dans une forte mise en garde. Ainsi, que l'on considère que la décision du juge Wright découle d'une mauvaise compréhension de l'arrêt *Turnbull* ou du fait que l'arrêt *Shephard* n'a pas été appliqué, il faut semble-t-il conclure qu'il a commis une erreur de droit en imposant un verdict d'acquiescement en fonction uniquement de la qualité de la preuve d'identification initiale.

3. L'effet des procédures irrégulières de la police

J'ai étudié l'évaluation qu'a faite le juge Wright de la preuve d'identification initiale de la plaignante indépendamment de la question de l'effet préjudiciable qu'ont pu avoir sur celle-ci les procédures irrégulières utilisées subséquentement par la police. En pratique, on pourrait étudier ensemble tous les facteurs influant sur la qualité de la preuve et, ensuite seulement, appliquer le critère de l'arrêt *Shephard* concernant la capacité d'un jury ayant reçu les directives appropriées de pro-

I think it is helpful to proceed in two stages in order to clarify the considerations which are appropriate on a motion for a directed verdict. It will also be more efficient in a case such as this to take a two-step approach. Where the quality of a complainant's initial identification is so unreliable, e.g. the fleeting glance, that even with a strongly worded caution from the judge it could not support a verdict of guilt, there would be no need to go on to consider the impact of subsequent improper police procedures. However, where as in the present appeal, the initial identification evidence meets the test of sufficiency, the trial judge must, in my opinion, go on to the second stage and consider the impact on that evidence of the subsequent police procedures.

The details of the line-up procedure employed in the present appeal were summarized by Matas J.A. and are reproduced in my colleague's reasons. Several features of it are relevant to the quality of the identification. Rather than place the accused in an identification parade the police brought the complainant to view a number of prisoners as they were brought into court. Mr. Mezzo was among them. There is no indication that this procedure was adopted because of the accused's refusal to participate in a proper parade or by urgency. The complainant knew the police had a suspect in custody. She reacted visibly when she saw Mr. Mezzo but, because her view was obstructed by the sheriff, she said that although Mr. Mezzo looked like the man she could not be certain. In addition, the police were unable to say whether Mr. Mezzo's name had been called, the charge read, or whether any of the other prisoners called at the same time looked like Mr. Mezzo. The problems in terms of evidential quality inherent in this first attempt to have the complainant identify her assailant are fairly obvious.

noncer un verdict de culpabilité sur ce fondement. C'est là le point de vue adopté par le juge Matas. Pour les fins de la présente analyse, je pense qu'il est utile de procéder en deux étapes afin de clarifier les points qu'il faut prendre en considération dans le cas d'une requête en obtention d'un verdict imposé. Il est aussi plus efficace dans un cas comme celui-ci de procéder en deux étapes. Lorsque la qualité de l'identification initiale de la plaignante est si peu digne de foi, comme par exemple dans le cas de la vision momentanée, que même une forte mise en garde de la part du juge ne saurait justifier un verdict de culpabilité, il n'est pas nécessaire de passer à l'examen de l'effet qu'ont pu avoir les procédures irrégulières utilisées subséquemment par la police. Toutefois, lorsque, comme c'est le cas dans le présent pourvoi, la preuve d'identification initiale satisfait au critère de la suffisance, le juge du procès doit, à mon avis, passer à la seconde étape et examiner l'effet qu'ont pu avoir sur cette preuve les procédures utilisées subséquemment par la police.

Les détails de la procédure d'identification utilisée en l'espèce ont été résumés par le juge Matas et sont reproduits dans les motifs de mon collègue. Plusieurs sont pertinents pour ce qui est de la qualité de l'identification. Plutôt que de procéder à une séance d'identification à laquelle participait l'accusé, les policiers ont amené la plaignante voir un certain nombre de détenus qui comparaissaient devant le tribunal. Monsieur Mezzo était parmi eux. Rien n'indique qu'on ait eu recours à cette procédure à cause du refus de l'accusé de participer à une séance d'identification régulière ou pour des motifs d'urgence. La plaignante savait que la police détenait un suspect. Elle a réagi de façon perceptible lorsqu'elle a aperçu M. Mezzo mais, comme sa vue était obstruée par l'huissier, elle a déclaré que, même si M. Mezzo ressemblait à l'homme recherché, elle ne pouvait être certaine que c'était lui. En outre, les policiers ont été incapables de dire si le nom de M. Mezzo avait été prononcé, l'accusation lue, ou si l'un ou l'autre des détenus comparaissant au même moment ressemblait à M. Mezzo. Les problèmes de qualité de la preuve, inhérents à cette première tentative d'identification par la plaignante de son agresseur sont assez manifestes.

Because of the complainant's uncertainty on this first line-up, a second courtroom viewing was arranged at which Mr. Mezzo's name was definitely called out. This time the complainant positively identified Mr. Mezzo as her assailant. Matas J.A. comments that "It is impossible to say if the complainant identified the accused on the second occasion only as the man she saw in court the first time or whether she was making a valid identification of the assailant" (p. 285). He went on to say that the problem is magnified when it is coupled with the other factors of suggestiveness and the absence of Crown evidence on the particulars of the line-up. Matas J.A. therefore agreed with the directed verdict of acquittal.

Both the trial judge and Matas J.A. rely on *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175 in their assessment of the impact of the line-up. The accused in that case was charged with attempting to pass a forged cheque by presenting it to a bank teller. When the teller asked for a registration card the accused searched his pockets and remarked that he must have left it in his car. He then walked out of the bank and did not return. Although the teller would not have taken any special care to observe the accused at the time of the transaction, the conditions for observation were very good. The police subsequently showed her a single photo of a suspect which she identified as the man. He was convicted. On appeal Laidlaw J.A. stated at p. 177:

In addition to such matters, and of the utmost importance, is the method used to recall or refresh the recollections of a witness who is to be relied upon to identify a person suspected of wrongdoing or who is under arrest. If a witness has no previous knowledge of the accused person so as to make him familiar with that person's appearance, the greatest care ought to be used to ensure the absolute independence and freedom of judgment of the witness. His recognition ought to proceed without suggestion, assistance or bias created directly or indirectly. Conversely, if the means employed to obtain evidence of identification involve any acts which might

En raison de l'incertitude de la plaignante au moment de cette première séance d'identification, une seconde séance en salle d'audience a été organisée, au cours de laquelle le nom de M. Mezzo a sans aucun doute été prononcé. Cette fois, la plaignante a formellement identifié M. Mezzo comme étant son agresseur. Le juge Matas fait observer que: [TRADUCTION] «Il est impossible de savoir si la plaignante, quand elle a identifié l'accusé la seconde fois, n'a fait qu'identifier l'homme qu'elle avait vu en cour la première fois, ou si elle procédait alors à une identification valide de son agresseur» (p. 285). Il ajoute que le problème se complique quand on y joint les autres facteurs de suggestivité et l'absence de preuve du ministère public concernant les détails de la séance d'identification. Le juge Matas s'est donc dit d'accord avec le verdict imposé d'acquiescement.

Tant le juge du procès que le juge Matas s'appuient sur l'arrêt *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175, dans leur évaluation de l'effet de la séance d'identification. Le prévenu, dans cette affaire, était inculpé de tentative d'encaissement d'un faux chèque qu'il avait présenté à cette fin à une caissière de banque. Lorsque la caissière lui a demandé sa carte d'immatriculation, le prévenu, après avoir fouillé dans ses poches, a fait observer qu'il l'avait sans doute laissée dans sa voiture, puis est sorti de la banque, sans jamais revenir. Même si la caissière n'avait pas observé le prévenu plus soigneusement que d'ordinaire au moment de l'incident, elle l'avait fait dans d'excellentes conditions. Plus tard, les policiers lui ont montré la photo d'un seul suspect qu'elle a identifié comme étant l'homme en question. Il a été reconnu coupable. En appel, le juge Laidlaw a affirmé, à la p. 177:

[TRADUCTION] En outre, ce qui a une extrême importance, c'est la méthode utilisée pour rafraîchir la mémoire du témoin sur lequel repose l'identification d'une personne soupçonnée d'une infraction ou mise en état d'arrestation. Si le témoin ne connaissait pas déjà l'accusé de manière à pouvoir en reconnaître les traits, il faut prendre le plus grand soin d'assurer l'indépendance et la liberté absolue de jugement du témoin. L'identification qu'il effectue doit se faire sans aide, ni suggestion, ni préjugé créé directement ou indirectement. Par contre, si les moyens utilisés pour obtenir la preuve d'identification comportent des actes qui pourraient rai-

reasonably prejudice the accused, the value of the evidence may be partially or wholly destroyed. Anything which tends to convey to a witness that a person is suspected by the authorities, or is charged with an offence, is obviously prejudicial and wrongful. Submitting a prisoner alone for scrutiny after arrest is unfair and unjust. Likewise, permitting a witness to see a single photograph of a suspected person or of a prisoner, after arrest and before scrutiny, can have no other effect, in my opinion, than one of prejudice to such a person.

Consequently, Laidlaw J.A. quashed the appellant's conviction, stating that the police procedures had rendered the teller's evidence valueless and, in the absence of any other evidence, "it would be unfair and unsafe to convict him" (p. 180).

The parallel to the facts of the present case is clear. Taken at its best we have here a fairly reliable initial identification followed by two improper and suggestive line-ups. However Laidlaw J.A.'s concern in *Smierciak*, *supra*, seems to be as much with prejudice to the accused as with the frailty of the complainant's evidence. He concludes that because of the prejudice arising from the police procedures it would be unfair and unsafe to convict. In contrast, it is the frailty of the evidence aspect that appears to have been foremost in the minds of both the trial judge and Matas J.A. in the present case. Indeed, Matas J.A. specifically states that it is not necessary to consider the issue of the exclusion of the evidence on the basis of either common law or constitutional fairness principles.

While suggestiveness and observational impediments may feature in both the frailty issue and the fairness issue, the two are approached from different standpoints and involve radically different policy concerns. Where the frailty or accuracy of the identification is under consideration, the standpoint is that of the complainant and of society. The underlying concerns are to redress the harm caused to her and to society by criminal behaviour and to ensure that the verdict is supported by proper evidence. Where fairness is at issue, the standpoint is that of the accused and the underlying

sonnablement causer un préjudice à l'accusé, la valeur de la preuve peut s'en trouver partiellement ou totalement détruite. Tout ce qui tend à donner à penser au témoin que la personne est soupçonnée par les autorités ou accusée d'une infraction cause manifestement un préjudice et est répréhensible. Soumettre un détenu seul à la vue du témoin après son arrestation est injuste et inéquitable. De même, permettre au témoin de voir la photographie d'un seul suspect ou détenu, après son arrestation mais avant vérification, ne peut avoir d'autre effet, à mon avis, que de porter préjudice à ce dernier.

En conséquence, le juge Laidlaw a annulé la déclaration de culpabilité de l'appelant, en affirmant que les procédures de la police avaient fait perdre toute valeur au témoignage de la caissière et qu'en l'absence d'autre preuve [TRADUCTION] «il serait injuste et dangereux de le déclarer coupable» (p. 180).

Le parallèle avec les faits de la présente espèce est manifeste. Au mieux, nous sommes en présence d'une identification initiale relativement fiable, suivie de deux séances d'identification irrégulières et suggestives. Mais ce qui semble préoccuper le juge Laidlaw dans l'affaire *Smierciak*, précitée, c'est autant le préjudice causé au prévenu que la faiblesse du témoignage de la plaignante. Il conclut que, en raison du préjudice causé par les procédures de la police, il serait injuste et dangereux de conclure à la culpabilité. Par contre, c'est l'aspect faiblesse de la preuve qui paraissent avoir eu surtout à l'esprit tant le juge du procès que le juge Matas en l'espèce. D'ailleurs, le juge Matas dit expressément qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question de l'exclusion de la preuve en fonction des principes d'équité constitutionnels ou de *common law*.

Si le caractère suggestif et les difficultés d'observation peuvent jouer un rôle tant pour ce qui est de la faiblesse de la preuve que de la question de l'équité, ce sont là des éléments qui sont envisagés de deux points de vue différents et qui font intervenir des préoccupations d'ordre public radicalement différentes. Lorsque c'est la faiblesse ou la précision de l'identification qui est en cause, le point de vue où l'on doit se placer est celui de la plaignante et de la société. On cherche essentiellement à remédier au préjudice que le comportement criminel a causé à la plaignante et à la société, et à

ing concern is the affront to justice inherent in prejudicial and needlessly suggestive procedures. In spite of these conceptual differences, accuracy and unfairness are often treated as aspects of the same issue. This can in some instances be explained by the fact that ultimately the two standpoints converge. Obviously it would be unfair to convict an accused on frail evidence. In addition, where evidence is excluded for fairness reasons, the effect may be to render the remaining evidence frail. In the present appeal, the appellant has argued accuracy and fairness as separate points. I agree that they should be viewed as analytically distinct. The question whether evidence should be excluded is not properly part of the decision to direct a verdict except in the indirect sense mentioned above, namely where the exclusion effectively undermines the other perfectly acceptable evidence.

Laidlaw J.A.'s decision suggests that an improper line-up can destroy otherwise good evidence. This principle is implicit in Matas J.A.'s conclusion in the present appeal and in the case of *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185 (C.A.) However, a retreat from Laidlaw J.A.'s interventionist approach is displayed in the cases of *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.); *R. v. Smith* (1975), 12 N.S.R. (2d) 289 (C.A.); *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.) and *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122 (Ont. C.A.)

In *R. v. Faryna* Huband J.A., with whom O'Sullivan J.A. concurred, was of the view that the use of an improper line-up fatally weakened the Crown's case. As in the present appeal the entire case turned on eyewitness evidence. However, unlike the present appeal, the initial identifications given by the two complainants were extremely poor, consisting in one instance of two encounters lasting a total of ten seconds and in the other

s'assurer que le verdict est étayé par des preuves suffisantes. Lorsque c'est l'équité qui est en cause, le point de vue où l'on doit se placer est celui du prévenu et on s'intéresse d'abord et avant tout à l'affront à la justice que comportent intrinsèquement les procédures préjudiciables et inutilement suggestives. En dépit de ces différences conceptuelles, la précision et l'inéquité sont souvent traitées comme des aspects différents d'une même question. Cela peut, dans certains cas, s'expliquer par le fait qu'ultimement les deux points de vue convergent. Manifestement, il serait injuste de déclarer un accusé coupable sur la foi d'une preuve faible. En outre, lorsque des éléments de preuve sont exclus pour des motifs d'équité, cela peut avoir pour effet d'affaiblir le reste de la preuve. En l'espèce, l'appelant a traité séparément la précision et l'équité. Je conviens qu'il faut les envisager comme analytiquement distincts. La question de savoir s'il faut exclure des éléments de preuve ne fait pas partie normalement de la décision d'imposer un verdict sauf dans le sens indirect susmentionné, savoir lorsque cette exclusion a pour effet de miner les autres éléments de preuve parfaitement acceptables.

Dans ses motifs, le juge Laidlaw laisse entendre qu'une séance d'identification irrégulière peut anéantir une preuve par ailleurs irréprochable. Ce principe est implicite dans la conclusion du juge Matas en l'espèce, comme dans l'affaire *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185 (C.A.) Cependant, on assiste à un repli par rapport au point de vue interventionniste du juge Laidlaw dans les affaires *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.); *R. v. Smith* (1975), 12 N.S.R. (2d) 289 (C.A.); *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.) et *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122 (C.A. Ont.)

Dans l'arrêt *R. v. Faryna*, le juge Huband de la Cour d'appel, aux motifs duquel a souscrit le juge O'Sullivan, a exprimé l'avis que le recours à une séance d'identification irrégulière affaiblit irrémédiablement la preuve du ministère public. Comme en l'espèce, toute l'affaire reposait sur la déposition de témoins oculaires. Cependant, contrairement à l'espèce, l'identification initiale par les deux plaignantes comportait de très grandes fai-

instance of one encounter lasting three seconds. In addition, subsequent descriptions given by the complainants had several inconsistencies and both picked the accused out of line-ups in which the persons in the line bore no resemblance to the accused. Huband J.A. distinguished *R. v. Smith, supra*, on the basis of the extraordinary frailty of the initial identifications of Mr. Faryna. He went on to describe the line-up and its impact on the Crown's case as follows at pp. 195-96:

She next was asked to identify the accused when he was presented to her in a police lineup, which can be best described as the situation in which the police identified their suspect to her by means of juxtaposition, and distinction from the others in the lineup. Having identified the man so indicated as her assailant, there is a reasonable apprehension that her subsequent descriptions of her assailant, both at the preliminary inquiry and at trial, were based on impressions she formed of the man in the police lineup, rather than of the man she saw for fleeting seconds at the time of the assault. This is not to impute any ill motive to Mrs. Cudmore. It simply reflects the inherent danger in identification evidence of this type and highlights the reasons why police lineups must be conducted properly if any weight is to be given to the evidence obtained as a result.

While Huband J.A.'s decision may have been warranted by the combination of the fleetingness of the initial encounters with the bias implicit in identification by juxtaposition, it is clear that where the reliability of the evidence rather than control of police behaviour or prejudice to the accused is the over-riding concern, the psychological barriers generated by suggestive line-ups do not always destroy otherwise good evidence. In *R. v. Sutton, supra*, Jessup J.A. ordered a new trial in part because the trial judge had failed to caution the jury with respect to the frailty generated by an improperly conducted photo line-up. The implication is that those frailties could have been reme-

bles, consistant dans un cas en deux rencontres d'une durée totale de dix secondes et, dans l'autre, en une seule rencontre d'une durée de trois secondes. De plus, les descriptions données ultérieurement par les plaignantes comportaient plusieurs contradictions et toutes deux avaient, au cours de séances d'identification, désigné le prévenu parmi des individus qui n'avaient aucune ressemblance avec lui. Le juge Huband a distingué l'espèce de l'affaire *R. v. Smith*, précitée, en fonction de l'extraordinaire faiblesse des identifications initiales de M. Faryna. Aux pages 195 et 196, il poursuit en décrivant ainsi la séance d'identification et son effet sur la preuve du ministère public:

[TRADUCTION] On lui a ensuite demandé d'identifier le prévenu au moment où il lui a été présenté au cours d'une séance d'identification de la police, qu'on pourrait plutôt décrire comme une situation où les policiers lui ont fait reconnaître leur suspect en le faisant trancher par son apparence différente des autres auxquels il était juxtaposé. Du fait qu'elle ait identifié l'homme ainsi désigné comme étant son agresseur, il est raisonnable de craindre que ses descriptions subséquentes de son agresseur, tant à l'enquête préliminaire qu'au procès, aient été fondées sur l'impression qu'elle s'est faite de l'homme présent lors de la séance d'identification de la police, plutôt que de l'homme qu'elle a vu pendant un bref instant au moment de l'agression. Je ne dis pas cela pour imputer quelque mauvaise intention à M^{me} Cudmore. Cela souligne simplement le danger inhérent à une preuve d'identification de ce genre et fait ressortir les raisons pour lesquelles il faut procéder aux séances d'identification policières adéquatement si une valeur quelconque doit être accordée à la preuve réunie en conséquence.

Même s'il se peut que la décision du juge Huband ait été justifiée par la fugacité des premières rencontres, combinée à la subjectivité implicite d'une identification par juxtaposition, il est clair que, lorsque la fiabilité de la preuve plutôt que le contrôle du comportement policier ou d'un préjudice causé au prévenu constitue la préoccupation primordiale, les barrières psychologiques générées par des séances d'identification suggestives n'anéantissent pas toujours une preuve par ailleurs irréprochable. Dans l'arrêt *R. v. Sutton*, précité, le juge Jessup de la Cour d'appel a ordonné un nouveau procès en partie parce que le juge du procès n'avait pas mis en garde le jury à l'égard de

died by a proper direction. Likewise in *R. v. Smith* and *R. v. Engel*, *supra*, the respective Courts of Appeal were of the view that a caution to the trier of fact was all that was needed to counteract the damage caused by improper line-up procedures.

In *Smith*, the strength of the initial identification played a large part in the reviewing court's assessment of the conviction at trial. MacDonald J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal said at pp. 297-99:

Counsel for the appellant contends that the evidence of Mr. Walker, particularly in view of the acquittal of Pace, is too weak and uncertain to found a conviction. In support of this contention he referred to *Regina v. Spatola* (1970), 10 C.R.N.S. 143, *Rex v. Brown and Angus* (1951), 99 C.C.C. 141, *Rex v. Goldhar*, *Rex v. Smokler* (1941), 76 C.C.C. 270, *Regina v. Shaver* (1971), 2 N.S.R. (2d) 225, and *Regina v. Kerwin* (1974), 26 C.R.N.S. 351. I subscribe to what was said in all those cases but would point out that here Mr. Walker had ample opportunity of observing the facial features of the appellant enabling him to receive an impression of a definite cast of countenance. When the distinguishing red mark is added to this, in my opinion, it cannot be said that Mr. Walker could not visualize the personal characteristics and individuality of the appellant to the extent necessary to enable him to identify him late on the day of the robbery in the lineup. This being so, I would refer again to *Regina v. Spatola*, *supra*, wherein Laskin, J.A., said in effect that identification evidence is for the jury to evaluate on proper direction.

The object of the identification parade or lineup is to make sure that the ability of the witness to recognize the suspect has been fairly and adequately tested. I think it is desirable for the police to hold an identification parade before the arrest, trial or preliminary inquiry, as the case may be. Such a parade or lineup should be carried out by placing the accused, or the suspect, with a sufficient number of people as similar physically as

la faiblesse de la preuve due à l'irrégularité d'une séance d'identification à l'aide de photographies. Cela veut dire implicitement que cette faiblesse aurait pu être corrigée par une directive appropriée. De même, dans les arrêts *R. v. Smith* et *R. v. Engel*, précités, les cours d'appel respectivement concernées ont été d'avis qu'une mise en garde faite au juge des faits suffisait pour contrebalancer le préjudice causé par des procédures d'identification irrégulières.

Dans l'arrêt *Smith*, la force probante de l'identification initiale a joué un rôle important dans l'évaluation par le tribunal d'examen de la déclaration de culpabilité prononcée en première instance. Le juge MacDonald de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dit, aux pp. 297 à 299:

[TRADUCTION] L'avocat de l'appellant soutient que le témoignage de M. Walker, compte tenu en particulier de l'acquittement de Pace, est trop faible et incertain pour justifier une déclaration de culpabilité. À l'appui de cet argument, il mentionne les décisions *Regina v. Spatola* (1970), 10 C.R.N.S. 143, *Rex v. Brown and Angus* (1951), 99 C.C.C. 141, *Rex v. Goldhar*, *Rex v. Smokler* (1941), 76 C.C.C. 270, *Regina v. Shaver* (1971), 2 N.S.R. (2d) 225, et *Regina v. Kerwin* (1974), 26 C.R.N.S. 351. Je souscris à ce qu'on a dit dans ces décisions, mais je tiens à souligner qu'en l'espèce M. Walker a eu amplement l'occasion d'observer les traits de l'appellant, ce qui lui a permis de se faire une idée précise de son visage. Lorsqu'on ajoute à cela le signe particulier, la marque rouge, on ne peut dire, à mon avis, que M. Walker n'a pu percevoir les caractéristiques personnelles et l'individualité de l'appellant dans la mesure nécessaire pour lui permettre de l'identifier plus tard, le jour du vol qualifié, au cours d'une séance d'identification. Cela étant, je mentionne à nouveau l'arrêt *Regina v. Spatola*, précité, où le juge Laskin de la Cour d'appel a dit en fait que c'est au jury qu'il appartient d'apprécier une preuve d'identification, après avoir reçu des directives appropriées.

L'objet de la séance d'identification est d'assurer que la capacité du témoin de reconnaître le suspect a été équitablement et adéquatement vérifiée. Je pense qu'il est souhaitable que la police procède à une séance d'identification avant l'arrestation, le procès ou l'enquête préliminaire, selon le cas. On devrait procéder à cette séance d'identification en alignant le prévenu, ou le suspect, avec un nombre suffisant de gens aussi sembla-

possible to him, leaving the witness to pick him out if he can, without assistance.

In the present case my opinion is that the construction of the lineup was unsatisfactory. The effect of such a defective lineup goes to the weight of the identification evidence which, in the present case and notwithstanding the unsatisfactory lineup was sufficient for the reasons already given to support the conviction.

In *R. v. Engel, supra*, O'Sullivan J.A., with whom Huband J.A. concurred, agreed with counsel that the line-up was a farce. Nevertheless he felt that the conviction should be upheld in view of the fact that the trial judge sitting alone "suitably warned himself of the dangers inherent in the identification evidence and in the lack of corroboration" (p. 284).

These cases reflect a deference to the ability of the triers of fact to weigh poor quality evidence. This deference is implicit in Ritchie J.'s restrictive formulation of the governing test in *Shephard*. However, the case which best illustrates this confidence in the jury and which perhaps approximates most closely to the facts in the present appeal is *R. v. Simpson (No. 2), supra*.

The accused in *Simpson* was charged with attempted murder. The attempt occurred at night, albeit near a street light. The complainant spent the whole time trying to fight off her assailant. Afterwards she was able to give a description which generally corresponded to that of the accused except that she got the colour of his eyes wrong. The accused refused to participate in a line-up. The police brought the complainant to a courtroom where he was appearing in connection with another offence. The accused entered the courtroom alone, handcuffed, and escorted by a constable. The complainant immediately began to shake and cry and was taken from the room. After she had calmed down she asked for another view in order to be sure. She was then taken back into the courtroom whereupon she positively identified the accused as her assailant.

bles à lui physiquement que possible, en laissant au témoin le soin de le désigner, s'il le peut, sans aide.

En l'espèce, je suis d'avis que la manière dont on a tenu la séance d'identification n'était pas satisfaisante. L'effet d'une telle séance d'identification inadéquate influe sur le poids de la preuve d'identification qui, en l'espèce et nonobstant cette séance d'identification insatisfaisante, était suffisante, pour les raisons déjà données, pour justifier la déclaration de culpabilité.

Dans l'arrêt *R. v. Engel*, précité, le juge O'Sullivan de la Cour d'appel, aux motifs duquel a souscrit le juge Huband, a convenu avec l'avocat de la défense que la séance d'identification avait été une farce. Néanmoins, il a estimé que la déclaration de culpabilité devait être maintenue parce que le juge du procès, siégeant seul, [TRADUCTION] «s'était bien prémuni contre les dangers inhérents à la preuve d'identification et à l'absence de corroboration» (p. 284).

Ces arrêts manifestent une certaine déférence envers la capacité des juges des faits d'apprécier une preuve de piètre qualité. Cette déférence est implicite dans la formulation restrictive par le juge Ritchie du critère applicable dans l'arrêt *Shephard*. Cependant, l'affaire qui illustre le mieux cette confiance que l'on fait au jury et qui, peut-être, se rapproche le plus des faits de l'espèce est l'affaire *R. v. Simpson (No. 2)*, précitée.

L'accusé dans l'affaire *Simpson* était inculpé de tentative de meurtre. La tentative avait eu lieu la nuit, quoique près d'un lampadaire. La plaignante avait, pendant toute la durée de l'agression, cherché à se défendre. Plus tard, elle avait pu donner une description correspondant généralement à l'accusé, sauf qu'elle s'était trompée quant à la couleur de ses yeux. L'accusé a refusé de participer à une séance d'identification. Les policiers ont amené la plaignante dans une salle d'audience où il comparaisait pour une autre infraction. L'accusé est entré dans la salle d'audience seul, les menottes aux mains et escorté par un agent de police. La plaignante s'est immédiatement mise à trembler et à pleurer et on l'a fait sortir de la salle. Après qu'elle se fut calmée, elle a demandé à le revoir pour être certaine. On l'a ramenée dans la salle d'audience et elle a alors formellement identifié l'accusé comme étant son agresseur.

At Simpson's trial the judge charged the jury as follows as related by Martin J.A. at p. 130:

You may think then that Simpson being brought into court in this fashion diminishes, if not completely does away with, the weight to be attached to Cathy's identification on that day in that court room. But you might also feel that you are entitled to overlook the unusual procedure, or at least not feel that it detracts from her identification when you consider Constable Anderson's very vivid description of how she reacted to seeing Simpson, saying "That's the man" or words to that effect. When you are looking at a man handcuffed, surrounded by police in a court room is one thing, but to react as Cathy did seems to me to be another thing, you may find, or you may not find. You may disagree—you may agree. You may think then that her reactions may be sufficient, or a sufficient act of identification which eliminates the problem of the method of bringing Simpson in and the fact he was handcuffed and with the police. That is one of the areas that you are going to have to make a decision upon.

Although the accused only contested the admission of the evidence of the complainant's physical reaction to his appearance in court, I think that Martin J.A.'s rejection of that ground and approval of the trial judge's direction implied an approval of the trial judge's reliance on the ability of the jurors to balance the prejudicial impact of the in-court identification process and the difficulties inherent in the complainant's initial observation of her assailant against the overall strengths and weaknesses of her evidence. The parallels with the circumstances in *Mezzo* are quite striking. In both cases the initial encounter is under difficult conditions but the complainant's subsequent descriptions are consistent and fairly specific. If anything, the line-up process in *Simpson* is more suggestive than that in *Mezzo*. In both cases there are two viewings and in both cases the witness has a physical reaction to the sight of the suspect.

Au procès de Simpson, le juge a donné la directive suivante au jury, selon ce que rapporte le juge Martin de la Cour d'appel, à la p. 130:

[TRADUCTION] Vous pouvez alors penser que le fait d'amener Simpson de cette manière dans la salle d'audience diminue, voir même anéantit complètement, le poids qu'il faut donner à l'identification faite par Cathy, ce jour-là, dans cette salle d'audience. Mais vous pouvez aussi penser que vous êtes en droit de fermer les yeux sur cette procédure inhabituelle, ou à tout le moins de considérer que cela ne déroge pas à son identification compte tenu de la description réaliste qu'a donnée l'agent Anderson de la réaction qu'elle a eu en apercevant Simpson, quand elle a dit «C'est lui» ou quelque chose de ce genre. C'est une chose que de regarder un homme, menottes aux mains, entouré de policiers dans une salle d'audience, mais c'en est une autre, me semble-t-il, que de réagir comme l'a fait Cathy, vous pouvez ou non en juger ainsi. Vous pouvez ne pas être d'accord—vous pouvez être d'accord. Vous pouvez alors penser que sa réaction suffit, que c'est un acte suffisant d'identification qui élimine le problème de la méthode employée pour amener Simpson et le fait qu'il ait eu les menottes aux mains et ait été accompagné d'un policier. C'est là un des sujets sur lesquels vous allez avoir à vous prononcer.

Même si l'accusé n'a contesté que la recevabilité de la preuve de la réaction physique de la plaignante lorsqu'il a comparu devant le tribunal, je pense que le rejet par le juge Martin de ce moyen et son approbation de la directive du juge du procès signifient qu'il approuve la confiance que le juge du procès a mise dans la capacité des jurés d'évaluer l'effet préjudiciable de la procédure d'identification en cour et les difficultés inhérentes ayant entouré la première observation par la plaignante de son agresseur, par rapport aux points forts et aux points faibles de l'ensemble de son témoignage. Les points communs avec les circonstances de l'affaire *Mezzo* sont très frappants. Dans les deux cas, la première rencontre s'est faite dans des conditions difficiles, mais les descriptions données subséquentement par la plaignante sont cohérentes et assez précises. Et même, la procédure d'identification dans l'affaire *Simpson* était encore plus suggestive que dans l'affaire *Mezzo*. Dans les deux cas, il y a eu deux confrontations et dans les deux cas le témoin a eu une réaction physique en voyant le suspect.

I think that several conclusions can be drawn from these authorities. First, the improprieties in the line-up do not necessarily destroy otherwise good evidence. Second, consistent with *Shephard*, damage can often be remedied by a proper caution. Third, at this stage of the analysis the assessment of the evidential basis for conviction depends not only on separate assessments of the weaknesses in the initial observation and the weaknesses in the conduct of the line-up but also on the impact of one or the other. As I stated at the outset, the stronger the initial identification evidence the higher the degree of subsequent impropriety it might take to undermine it.

It seems to me that the line-up procedure employed in this case was not so irregular by Canadian standards as to be beyond the capabilities of the jury to weigh. Because of the failure of the Crown to record the particulars at the courtroom encounter one must assume that the viewings were tantamount to single show-ups. However, in *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, a unanimous decision of this Court, single show-ups were approved by implication, at least in so far as considerations of accuracy are concerned. The accused in that case refused to take part in a line-up. The complainant who had awakened to find a robber in his hotel room in the early morning hours subsequently identified the accused in the hallway of a police station and a few minutes later in a room occupied by Mr. Marcoux and a police constable. At trial, the defence in a motion for a directed verdict vigorously attacked the failure of the police to conduct a proper line-up. The trial judge refused the motion. On appeal to this Court the central issues were whether line-ups violated the privilege against self-incrimination and whether evidence of an accused's refusal to participate in a line-up is admissible. In the course of his reasons for the Court Dickson J. (as he then was) discussed the use of single show-ups and in-dock identification. Although he did not make any specific finding with regard to Canadian law, he referred briefly to American and British judi-

Je pense qu'on peut tirer plusieurs conclusions de cette jurisprudence. Premièrement, les irrégularités de la séance d'identification n'anéantissent pas nécessairement une preuve par ailleurs irréprochable. Deuxièmement, conformément à l'arrêt *Shephard*, le préjudice causé peut souvent être corrigé par une mise en garde appropriée. Troisièmement, à ce stade de l'analyse, l'évaluation de la preuve sur laquelle se fonde la déclaration de culpabilité dépend non seulement des évaluations faites séparément des faiblesses de l'observation initiale et de celles de la procédure suivie lors de la séance d'identification, mais aussi de l'effet de l'une ou de l'autre. Comme je l'ai dit au début, plus la preuve d'identification initiale est forte, plus il faudra un degré élevé d'irrégularités subséquentes pour la miner.

Il me semble que la procédure d'identification utilisée en l'espèce n'a pas été irrégulière, selon les normes canadiennes, au point d'aller au-delà des capacités du jury de l'apprécier. Du fait que le ministère public n'a pas consigné les détails de la rencontre dans la salle d'audience, on doit présumer qu'il s'agissait pour ainsi dire chaque fois d'une confrontation du témoin avec un seul suspect. Cependant, dans l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, un arrêt unanime de cette Cour, les confrontations avec un seul suspect ont été approuvées implicitement, tout au moins dans la mesure où des questions de précision sont en cause. Le prévenu dans cette affaire avait refusé de prendre part à une séance d'identification. Le plaignant, qui en se réveillant avait constaté la présence d'un voleur dans sa chambre d'hôtel, aux petites heures du matin, a subséquentement identifié le prévenu dans le corridor d'un poste de police et, quelques minutes plus tard, dans une pièce occupée par M. Marcoux et un agent de police. Au procès, la défense, dans une requête en obtention d'un verdict imposé, a reproché énergiquement à la police de ne pas avoir tenu une séance d'identification régulière. Le juge du procès a rejeté la requête. Lors du pourvoi devant cette Cour, les questions primordiales ont été de savoir si les séances d'identification portaient atteinte au droit à la protection contre l'auto-incrimination et si la preuve du refus d'un prévenu de participer à

cial criticism of the failure to use a proper line-up in the following passage at pp. 773-74:

New York cases since *People v. Ballott* (1967), 20 N.Y. 2d 600, have found the failure to employ a line-up by the police, absent imperative circumstances, violative of due process—see “*Pre-trial Identification*”, (1971) 55 Minnesota Law Review 779, at p. 791. The Court of Criminal Appeal of England has commented adversely on the absence of an identification parade and failure to explain the omission to hold one: *R. v. Seiga*, [1961] Crim. L.R. 541. In *R. v. John* (unreported, abridged in (1973) Crim. L.R. 113), evidence was given by a detective constable that the accused had refused an identification parade. On appeal from conviction, it was urged, unsuccessfully, that the trial judge had wrongly allowed one of the witnesses to identify the accused in the dock when she had not identified him before the trial. Lord Justice Cairns, delivering the judgment of the Court of Appeal, said:

This method of identification ought to have been avoided if possible. It might have been possible in this case if the Appellant had been willing to submit to an identification parade. Leaving out altogether the question of whether or not it was reasonable for him to refuse an identification parade, the fact was that the Prosecution did not have that very much better method of identification available and, that being so, it does not appear to this Court to be wrong to allow that method of identification to be used by that witness, Miriam Baker.

The discussion in *Marcoux* concerns the fairness or justice aspect of police procedures and of their impact on the accused's rights. There is no suggestion that apart from due process considerations the potential for inaccuracy generated by the station-house show-up rendered the evidence against Mr. Marcoux unsafe as a basis for conviction. The implication is that because Mr. Marcoux's refusal necessitated the show-up the fairness issue does

une séance d'identification était admissible. Dans ses motifs de jugement, rédigés au nom de la Cour, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) étudie le recours à la confrontation avec un seul suspect et à l'identification au banc des accusés. Bien qu'il ne tire aucune conclusion spécifique concernant le droit canadien, il mentionne brièvement les critiques qu'ont fait les tribunaux américains et britanniques du non-recours à une séance d'identification régulière, dans l'extrait suivant tiré des pp. 773 et 774:

D'après les décisions rendues dans l'État de New York depuis l'arrêt *People v. Ballott* (1967), 20 N.Y. 2d 600, le défaut par la police d'utiliser la parade d'identification, en l'absence de circonstances incontrôlables, constituait une violation de l'application régulière de la loi—voir «*Pre-trial Identification*», (1971) 55 Minnesota Law Review 779, p. 791. La Cour d'appel en matière criminelle d'Angleterre a critiqué l'absence d'une parade d'identification et le défaut d'en expliquer l'omission: *R. v. Seiga*, [1961] Crim. L.R. 541. Dans l'arrêt *R. v. John* (non publié, résumé dans (1973) Cr. L.R. 113), un détective a témoigné que le prévenu avait refusé de participer à une parade d'identification. En appel de la déclaration de culpabilité, on a fait valoir, sans succès, que le juge de première instance avait eu tort de permettre à l'un des témoins d'identifier le prévenu au banc des accusés alors qu'il ne l'avait pas identifié avant le procès. Le lord juge Cairns, rendant le jugement de la Cour d'appel a dit:

[TRADUCTION] Cette méthode d'identification aurait dû être évitée si possible. En l'espèce, cela aurait pu être possible si l'appelant avait accepté de participer à une parade d'identification. Abstraction faite de la question de savoir s'il était raisonnable pour lui de refuser de participer à une parade d'identification, vu que la poursuite n'avait pu se prévaloir de cette méthode d'identification qui est de beaucoup préférable, selon cette Cour, il n'apparaît pas illégitime de permettre que cette méthode d'identification soit employée par ce témoin, Miriam Baker.

Le débat dans l'affaire *Marcoux* porte sur l'aspect équitable ou juste des procédures de la police et de son effet sur les droits du prévenu. On n'y laisse aucunement entendre que, mises à part des considérations d'application régulière de la loi, les possibilités d'imprécision que fait naître la confrontation avec un seul suspect au poste de police ont rendu la preuve impliquant M. Marcoux trop dangereuse pour justifier une déclaration de culpa-

not arise and that the trial judge properly put the evidence to the jury in spite of the problems in the quality of the initial observation and the subsequent identification.

In the present appeal the complainant's initial identification evidence, in my view, was such as to require the trial judge to put it to the jury with an appropriate caution. The conduct of the police line-up was clearly improper but again, on the basis of authorities such as *Marcoux* and *Simpson*, not so improper as to be beyond the power of the jury to handle given a proper direction by the trial judge. I do not think the police line-up had the effect of destroying the complainant's initial evidence or weakening it beyond the point where it could not be taken care of by a properly worded caution. Indeed, the visible reaction of the complainant to Mr. Mezzo was, if anything, supportive of her earlier testimony and her obvious desire to be sure before she made a positive identification in the courtroom bore witness to her good faith and credibility. Matas J.A. raises the possibility that all the complainant was doing in the second courtroom encounter was recognizing the person she had seen on the first encounter. With respect, I think this is to seriously underestimate a witness who had given a perfectly sensible and commendable reason for wanting to have an unobstructed view before committing herself. But these are, in my opinion, all matters for the jury to weigh once the judge has drawn them to its attention.

The question remains whether the improprieties in the line-up were such that the evidence of the complainant's identification of Mr. Mezzo as her assailant should be excluded for reasons of common law or constitutional fairness. The "imperative circumstances", namely the accused's refusal to participate in a proper line-up, present in *Marcoux* and *Simpson*, are absent here. In addition the police by failing to record the particulars

bilité. Cela signifie qu'étant donné que le refus de M. Marcoux a nécessité la confrontation avec un seul suspect, la question d'équité ne se pose pas et que le juge a eu raison de laisser le jury apprécier la preuve, en dépit des problèmes de qualité de l'observation initiale et de l'identification subséquente.

En l'espèce, j'estime que la preuve d'identification initiale de la plaignante était telle que le juge se devait de la soumettre à l'appréciation du jury, après lui avoir fait une mise en garde appropriée. La séance d'identification à laquelle ont procédé les policiers était manifestement irrégulière mais, ici encore, en vertu de précédents comme les arrêts *Marcoux* et *Simpson*, pas au point que le jury ne puisse l'apprécier après avoir reçu des directives appropriées du juge du procès. Je ne crois pas que la séance d'identification policière ait eu pour effet de détruire la preuve initiale de la plaignante ou de l'affaiblir au point qu'on ne puisse y remédier par une mise en garde appropriée. En fait, la réaction qu'a eu visiblement la plaignante en apercevant M. Mezzo, corrobore, c'est le moins qu'on puisse dire, son témoignage antérieur et son désir évident d'être certaine avant d'effectuer une identification formelle en salle d'audience témoigne de sa bonne foi et de sa crédibilité. Le juge Matas soulève la possibilité que tout ce que la plaignante a fait au moment de la seconde confrontation dans la salle d'audience ce fut de reconnaître l'individu auquel elle avait été confrontée la première fois. Avec égards, je pense que c'est là sous-estimer dangereusement un témoin qui avait donné une raison parfaitement sensée et louable de vouloir observer sans avoir la vue obstruée avant de se prononcer. Mais ce sont là, à mon avis, des questions qu'il appartient au jury d'apprécier, une fois que le juge aura attiré son attention sur celles-ci.

Il reste à savoir si les irrégularités de la séance d'identification ont été telles que la preuve d'identification par la plaignante de M. Mezzo comme étant son agresseur devrait être exclue pour des raisons d'équité constitutionnelle ou de *common law*. Les «circonstances impérieuses», soit le refus du prévenu de participer à une séance d'identification régulière, que l'on trouve dans les affaires *Marcoux* et *Simpson*, sont absentes en l'espèce. En

of the procedure have effectively made it impossible for the trial judge to caution the jury with respect to this portion of the evidence other than by advising them to assume the worst. In my view, these circumstances do raise a serious concern over prejudice to the accused. However, I believe that the proper context for that discussion would have been on a motion to exclude the evidence either on the basis of *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, and the accompanying jurisprudence or under s. 24(1) of the *Charter*. No such motion was made when the line-up evidence was admitted at trial. Nor has the case been approached on that basis either by the trial judge or by the Court of Appeal.

In light of the standard imposed in *Shephard* I would agree with the majority of the Court of Appeal that the case should have been put to the jury with a proper direction. I would therefore dismiss the appeal. It will, of course, be open to the defence on the new trial, if so advised, to move to have the line-up evidence excluded for reasons of fairness.

The judgment of Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment prepared in this appeal by my colleagues Lamer and Wilson JJ. I agree with Lamer J. that the issue to be decided in this case, is whether the trial judge was in error in directing a verdict of acquittal, despite the fact that there was admissible evidence before the court as to the identification of the accused. With deference to Lamer J., however, I am unable to agree with his disposition of the matter. Like my colleague, Wilson J., I would dismiss the appeal and affirm the Court of Appeal's order for a new trial.

The facts have been outlined by Lamer J. in some detail and need no repetition in these reasons. The Crown's case rests upon the identification made by the complainant of the man who assaulted her. The evidence she gave relating to

outre les policiers, en ne consignait pas les détails de la procédure, ont en fait rendu impossible pour le juge du procès de mettre en garde le jury quant à cette partie de la preuve, sauf pour lui conseiller de présumer le pire. À mon avis, ces circonstances laissent sérieusement craindre un préjudice pour l'accusé. Cependant, je crois que le contexte approprié pour cette analyse aurait dû être une requête visant à exclure cette preuve, fondée soit sur l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, et la jurisprudence qui l'accompagne, soit sur le par. 24(1) de la *Charte*. Aucune requête de ce genre n'a été faite lorsque la preuve fondée sur la séance d'identification a été jugée recevable au procès. De plus, ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont abordé l'affaire sous cet angle.

Compte tenu de la norme imposée dans l'arrêt *Shephard*, je conviens avec la Cour d'appel à la majorité que l'affaire aurait dû être laissée à l'appréciation du jury après lui avoir donné une directive appropriée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi. Naturellement, la défense pourra, au cours du nouveau procès, si elle le juge opportun, demander l'exclusion de la preuve fondée sur la séance d'identification pour des raisons d'équité.

Version française du jugement des juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain rendu par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par mes collègues les juges Lamer et Wilson. Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que le point sur lequel il faut statuer en l'espèce est de savoir si le juge du procès a eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement, en dépit du fait que la cour était saisie d'éléments de preuve admissibles quant à l'identification de l'accusé. Toutefois malgré tout le respect que je lui dois, je ne puis souscrire à la solution qu'il apporte au litige. À l'instar de ma collègue le juge Wilson, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel.

Le juge Lamer a exposé les faits suffisamment en détail pour qu'il ne soit pas nécessaire de les reprendre ici. La preuve du ministère public repose sur l'identification par la plaignante de son agresseur. Son témoignage concernant l'agression elle-

the actual assault is adequately set out by Lamer J., and the further identification evidence is set out in the passages from the judgment of Matas J.A. in the Court of Appeal, which were included in Lamer J.'s reasons.

The trial judge followed the judgment of Harradence J.A., speaking for the Alberta Court of Appeal in *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22, which in turn adopted and applied the reasons of Lord Widgery C.J. in the English Court of Appeal, Criminal Division, in *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549. This led him to a consideration of the quality of the evidence. In this process he indulged in a detailed weighing of the evidence and he concluded that a verdict should be directed. He was also moved towards his decision by what he considered to be improper police procedures taken to procure further identification evidence in the proceedings.

In the Court of Appeal (1983), 35 C.R. (3d) 272, Hall J.A., speaking for the Chief Justice and himself, acknowledged that a trial judge dealing with the question of a directed verdict should consider the quality of the evidence. He said (at p. 277):

In sum, the trial judge should, without making any finding of credibility, form a view or opinion whether, because of the dubious nature of the evidence, it would be unsafe to find the accused guilty. If he forms that opinion, he would be justified in directing a jury to return a verdict of acquittal.

He went on to conclude that in the case before the court the evidence was sufficient for the jury's consideration, after a proper direction from the judge. The trial judge was in error "not so much in adopting the wrong test but in misapplying the test in *Turnbull* to the facts of the case". He indicated that the preferable language to employ was that employed in *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396. He set aside the directed verdict and ordered a new trial. Matas J.A., in dissent, set out the facts of the case clearly and completely. He reviewed many of the relevant authorities. He was concerned with the frailties of visual identification and procedures followed by the police in connection with the

même est adéquatement rapporté par le juge Lamer et d'autres éléments de preuve d'identification sont rapportés dans les passages de l'arrêt du juge Matas de la Cour d'appel, que l'on trouve dans les motifs du juge Lamer.

Le juge du procès a suivi le jugement du juge Harradence qui, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22, avait adopté et appliqué les motifs du juge en chef lord Widgery de la Cour d'appel d'Angleterre, division criminelle, dans l'arrêt *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549, ce qui l'a amené à procéder à un examen de la qualité de la preuve. Ce faisant, il s'est livré à une évaluation détaillée de la preuve pour conclure qu'un verdict devait être imposé. Il a aussi été incité à prendre cette décision par ce qu'il a jugé avoir constitué des procédures irrégulières utilisées par la police en vue d'obtenir des éléments de preuve d'identification supplémentaires.

En Cour d'appel (1983), 35 C.R. (3d) 272, le juge Hall, s'exprimant en son propre nom et en celui du Juge en chef, a reconnu que le juge du procès qui examine la question d'un verdict imposé doit prendre en considération la qualité de la preuve offerte. Voici ce qu'il affirme (à la p. 277):

[TRADUCTION] En somme, le juge du procès doit, sans statuer sur la crédibilité du témoin, se faire une idée ou une opinion sur la question de savoir si, à cause de la nature douteuse de la preuve offerte, il serait dangereux de déclarer l'accusé coupable. S'il est d'avis que oui, il est alors justifié d'imposer au jury un verdict d'acquiescement.

Il conclut ensuite que, dans l'affaire dont la cour était saisie, il existait suffisamment d'éléments de preuve pour que le jury en soit saisi après avoir reçu du juge des directives appropriées. L'erreur du juge du procès avait consisté [TRADUCTION] «non pas tellement à adopter le mauvais critère, mais à mal appliquer aux faits de l'espèce le critère énoncé dans l'arrêt *Turnbull*». Il a indiqué qu'il était préférable de recourir au langage de l'arrêt *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396. Il a annulé le verdict imposé et ordonné un nouveau procès. Le juge Matas, dissident, a exposé les faits de l'espèce clairement et exhaustivement. Il a passé en revue une grande partie de la jurisprudence pertinente. Il

courtroom identification. He would have dismissed the Crown appeal.

The problem which arises here has its roots in the tendency to overlook the division of duties inherent in a trial by judge and jury. No authority need be cited for the proposition that in a jury trial all questions of law are for the judge alone and, of equal importance, all questions of fact are for the jury alone. The distinction is of fundamental importance. It should be preserved so long as it is considered right to continue the use of the jury in the criminal law. Much of the difficulty that has arisen on this subject has been caused by a failure to recognize and preserve this distinction.

The leading case in this Court on the subject of directed verdicts is *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067. Ritchie J. wrote the majority judgment (Martland, Judson, Ritchie, Pigeon and de Grandpré JJ.), while Spence J. dissented with the concurrence of Laskin C.J., Dickson and Beetz JJ. The United States applied for Shephard's extradition. The only evidence adduced before Hugessen J., sitting as an extradition judge, was an affidavit sworn by a co-conspirator of Shephard. Hugessen J. considered that he had to apply the test involved in taking a case away from a jury and, saying the evidence was "so manifestly unreliable", he declined to order extradition. An appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed and the matter came to this Court. Ritchie J. agreed with the trial judge that the test to be applied was that expressed in s. 475(1) of the *Criminal Code*, which is set out hereunder in its amended form:

475. (1) When all the evidence has been taken by the justice he shall

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any

se préoccupait des faiblesses d'une identification visuelle et des procédures suivies par la police relativement à l'identification en salle d'audience. Il aurait rejeté l'appel interjeté par le ministère public.

Le problème qui se pose ici s'explique par la tendance à ne pas tenir compte du partage des fonctions inhérent dans un procès devant un juge et un jury. Aucun précédent n'a à être cité pour justifier la proposition selon laquelle, dans un procès par jury, toutes les questions de droit relèvent exclusivement du juge et que, ce qui est tout aussi important, toutes les questions de fait relèvent exclusivement du jury. Cette distinction est d'une importance fondamentale. Elle doit être maintenue tant qu'on jugera bon de continuer d'avoir recours au jury en droit criminel. La plupart des difficultés qui ont surgi à ce sujet sont dues au défaut de reconnaître et de maintenir cette distinction.

L'arrêt de principe qu'a rendu notre Cour en matière de verdicts imposés est l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. C'est le juge Ritchie qui a rédigé les motifs de la majorité (les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon et de Grandpré), le juge Spence ayant écrit des motifs de dissidence auxquels ont souscrit le juge en chef Laskin ainsi que les juges Dickson et Beetz. Les États-Unis demandaient l'extradition de Shephard. La seule preuve qui avait été soumise au juge Hugessen, en qualité de juge d'extradition, était l'affidavit d'un complice de Shephard. Le juge Hugessen a estimé qu'il se devait d'utiliser le critère applicable quand il s'agit de dessaisir le jury et, déclarant que cette preuve était [TRADUCTION] «manifestement si peu digne de foi», il a refusé d'ordonner l'extradition. L'appel interjeté à la Cour d'appel fédérale a été rejeté et la Cour a alors été saisie de l'affaire. Le juge Ritchie a été d'accord avec le juge du procès pour dire que le critère applicable était celui prévu au par. 475(1) du *Code criminel*, dont voici le texte dans sa forme actuelle:

475. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est

other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

He said, at p. 1080:

I agree that the duty imposed upon a "justice" under s. 475(1) is the same as that which governs a trial judge sitting with a jury in deciding whether the evidence is "sufficient" to justify him in withdrawing the case from the jury and this is to be determined according to whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The "justice", in accordance with this principle, is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction.

Later, after referring to the trial judge's comments that the evidence was "manifestly unreliable", he added, at p. 1087:

With the greatest respect I cannot accept the proposition that a trial judge is ever entitled to take a case from the jury and direct an acquittal on the ground that, *in his opinion*, the evidence is "manifestly unreliable". If this were the law it would deprive the members of the jury of their function to act as the sole judges of the truth or falsity of the evidence and would thus, in my opinion, be contrary to the accepted role of the jury in our legal system.

Ritchie J. has stated what has been called the 'classic statement' of the rule that has been the law of Canada since before the *Criminal Code* was adopted. In this, he has adopted as the measure of sufficiency the concept of a *prima facie* case, that is, a case containing evidence on all essential points of a charge which, if believed by the trier of fact and unanswered, would warrant a conviction.

Ritchie J. based his formulation of the test to be applied by a trial judge on a line of authorities going back as far as 1788. In *R. v. Atwood and Robbins* (1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334, it was

accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante; ou

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

Il dit, à la p. 1080:

Je conviens que le devoir imposé à un «juge de paix» aux termes du par. (1) de l'art. 475 est le même que celui du juge du procès siégeant avec un jury lorsqu'il doit décider si la preuve est «suffisante» pour dessaisir le jury selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Conformément à ce principe, j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité.

Plus loin, après s'être référé au commentaire du juge du procès portant que la preuve offerte était «manifestement peu digne de foi», il ajoute, à la p. 1087:

Avec égards, je ne puis admettre qu'un juge de première instance puisse dessaisir le jury et imposer l'acquiescement parce que, *selon lui*, la preuve est «manifestement peu digne de foi». Si tel était le droit, les jurés seraient privés de la fonction qui est la leur d'agir comme seuls juges de la véracité de la preuve, ce qui, à mon avis, serait contraire au rôle reconnu du jury dans notre système judiciaire.

Le juge Ritchie exposait ainsi ce qu'on a appelé «l'énoncé classique» de la règle applicable au Canada avant même que le *Code criminel* soit adopté. En cela, il adopte comme mesure de suffisance le concept de la preuve suffisante jusqu'à preuve contraire ou preuve *prima facie*, c.-à-d., la preuve de tous les points essentiels de l'inculpation qui, si elle était crue par le juge des faits et si elle n'était pas contestée, justifierait une déclaration de culpabilité.

Le juge Ritchie a fondé cette formulation du critère que doit appliquer le juge du procès sur un courant de jurisprudence qui remonte à aussi loin que 1788. Dans l'arrêt *R. v. Atwood and Robbins*

recognized, at pp. 334-35, in the words of Buller J.:

The distinction between the competency and the credit of a witness has been long settled. If a question be made respecting his competency, the decision of that question is the exclusive province of the Judge; but if the ground of the objection go to his credit only, his testimony must be received and left with the Jury, under such directions and observations from the Court as the circumstances of the case may require, to say whether they think it sufficiently credible to guide their decision on the case.

This is consistent with the well-known expression of the rule in *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193, where Lord Cairns L.C. said, at p. 197:

The Judge has a certain duty to discharge, and the jurors have another and a different duty. The Judge has to say whether any facts have been established by evidence from which negligence *may be* reasonably inferred; the jurors have to say whether, from those facts, when submitted to them, negligence *ought to be* inferred. It is, in my opinion, of the greatest importance in the administration of justice that these separate functions should be maintained, and should be maintained distinct.

These words, though spoken in a civil case, were held to be applicable in a criminal case in this Court in *R. v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172 at p. 174.

In other early cases the rule was stated and applied: see *R. v. Dowsey* (1866), 6 N.S.R. 93. This was a charge of murder committed on a ship at sea. The only issue on the appeal was whether the case should have been left to the jury. At page 119, Dodd J. said:

The facts of the case were for the jury, and if there was any legal evidence upon which they could assume the guilt of the prisoner, it was within their province to do so . . . If there was any legal evidence against a party charged with a criminal offence, the case cannot be withdrawn from the jury.

(1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334, il a été reconnu, aux pp. 334 et 335, pour reprendre les termes du juge Buller, que:

^a [TRADUCTION] La distinction entre un témoin compétent et un témoin digne de foi est depuis longtemps établie. Si c'est sa compétence à témoigner qui est en cause, la décision sur cette question relève exclusivement du juge; mais si l'opposition à son témoignage porte sur sa crédibilité uniquement, il faut recevoir sa déposition et, après avoir adressé les directives et les remarques appropriées dans les circonstances, il faut laisser au jury le soin de décider si le témoignage lui semble suffisamment digne de foi pour guider sa décision en l'espèce.

^c Cela est conforme à l'énoncé bien connu qui est donné de la règle dans l'arrêt *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193, où le lord chancelier Cairns affirme, à la p. 197:

^d [TRADUCTION] Le juge doit remplir certaines fonctions et les jurés d'autres. Le juge doit d'abord décider si *l'on peut* raisonnablement, au vu de la preuve, conclure à la négligence; les jurés doivent pour leur part décider si *l'on doit* conclure, au vu de la preuve, à la négligence. Il est, à mon avis, primordial aux fins de l'administration de la justice non seulement que ces rôles séparés soient maintenus mais qu'ils demeurent distincts.

^f

Ces propos, quoique tenus dans une affaire civile, ont été jugés applicables à une affaire criminelle par cette Cour dans l'arrêt *R. v. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, à la p. 174.

^g

La règle avait déjà été énoncée et appliquée dans d'autres précédents anciens: voir *R. v. Dowsey* (1866), 6 N.S.R. 93, où il était question ^h d'une accusation de meurtre commis en mer à bord d'un navire. La seule question en litige dans l'appel consistait à déterminer si la preuve aurait dû être soumise à l'appréciation du jury. À la p. 119, le juge Dodd dit:

ⁱ

[TRADUCTION] Les faits de l'affaire devaient être soumis à l'appréciation du jury, et s'il y avait quelque preuve légale les autorisant à présumer que le détenu était coupable, il était de leur compétence de le faire . . . ^j S'il existe quelque preuve légale contre une partie inculpée d'une infraction criminelle, le jury ne peut en être dessaisi.

In *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352, in the Ontario Supreme Court where evidence given by a rape victim was weak, MacMahon J. said, at p. 357:

So in the case in hand we may consider the evidence of the prosecutrix weak; we may, in view of the admissions made during the trial, consider some of the statements made against the prisoners Herman and George as improbable; but the probable truth or falsity of the statements was for the consideration of the jury, and although we may think they did not exercise a sound judgment in reaching their verdict, we cannot say there was no evidence to be submitted to them, and therefore the learned Judge was not bound to withdraw the case from the jury.

In this Court in *Girvin v. The King* (1911), 45 S.C.R. 167, the *prima facie* test was applied, at p. 169, in the words of Sir Charles Fitzpatrick C.J.:

I have always understood the rule to be that the Crown, in a criminal case, is not required to do more than produce evidence which, if unanswered, and believed, is sufficient to raise a *prima facie* case upon which the jury might be justified in finding a verdict.

It will be seen from the foregoing that the rule enunciated by Ritchie J. in *Shephard* has a long and respectable ancestry, firmly rooted in the concept that the functions of judge and jury are separate and distinct. The confusion which has arisen in this matter stems largely from the words of Sir Lyman Duff C.J. in *R. v. Comba*, *supra*, where, after expressing the view, at p. 397, that the rule in *Hodge's Case* relating to the treatment of circumstantial evidence applied as part of the law of Canada, he said:

We have no doubt that the facts adduced have not the degree of probative force that is required in order to satisfy the test formulated by this rule; which is one that courts of justice in Canada are governed by and are bound to apply.

We agree with the majority in the Court of Appeal, whose reasons for their judgment we find convincing and conclusive, that the learned trial judge ought, on the application made by counsel for the prisoner at the close of the evidence for the Crown, to have told the jury that,

Dans l'arrêt de la Cour suprême de l'Ontario *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352, dans lequel le témoignage de la victime d'un viol était faible, le juge MacMahon affirme, à la p. 357:

^a [TRADUCTION] Ainsi en l'espèce nous pouvons considérer que le témoignage de la partie poursuivante est faible; nous pouvons, compte tenu des aveux faits au procès, estimer que certaines des déclarations faites contre les détenus Herman et George sont improbables; ^b mais la véracité ou la fausseté probable des déclarations devait être appréciée par les membres du jury et, bien que nous puissions penser qu'ils n'ont pas fait preuve d'un bon jugement en rendant leur verdict, nous ne pouvons dire qu'il n'existait aucune preuve à leur soumettre et, par conséquent, le savant juge n'était pas tenu de dessaisir le jury de l'affaire. ^c

La Cour, dans l'arrêt *Girvin v. The King* (1911), 45 R.C.S. 167, a appliqué le critère de la preuve *a prima facie*, à la p. 169, comme l'affirme le juge en chef sir Charles Fitzpatrick:

[TRADUCTION] J'ai toujours compris qu'il est de règle que la poursuite, dans une affaire criminelle, n'est requise de soumettre que des éléments de preuve qui, si on ne les conteste pas et s'ils sont crus, sont suffisants pour créer une preuve *prima facie* en fonction de laquelle le jury pourrait être justifié de rendre un verdict. ^e

^f On constate d'après ce qui précède que la règle énoncée par le juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard* avait une longue et respectable histoire, profondément enracinée dans l'idée que les fonctions du juge et du jury sont séparées et distinctes. La confusion suscitée à cet égard provient dans une large mesure des propos du juge en chef sir Lyman Duff dans l'arrêt *R. v. Comba*, précité, où, après avoir exprimé l'avis, à la p. 397, que la règle de l'affaire *Hodge* en matière de traitement des éléments de preuve indirecte s'applique comme partie ^g intégrante de la loi du Canada, il dit: ^h

[TRADUCTION] Nous n'avons aucun doute que les faits soumis n'ont pas la force probante qu'il faut pour satisfaire au critère formulé par cette règle, qui régit les cours de justice au Canada et qu'elles sont tenues d'appliquer. ⁱ

Nous sommes d'accord avec les juges formant la majorité de la Cour d'appel, dont nous considérons les motifs de jugement convaincants et décisifs, pour dire que le savant juge du procès aurait dû, à la demande de l'avocat du détenu, après la présentation de la preuve de

in view of the dubious nature of the evidence, it would be unsafe to find the prisoner guilty, and to have directed them to return a verdict of acquittal accordingly. It is not, and could not, with any plausibility, be suggested that the case for the Crown was in any way strengthened or improved by the evidence put before the jury on behalf of the defence.

The appeal is dismissed.

The full significance of these words cannot be understood without a careful consideration of what happened at the trial and on the appeal.

The case concerned the murder of a young girl. Comba was charged and convicted. The case against him was entirely circumstantial and, while facts were revealed which could have been consistent with guilt, nothing was shown which was not equally consistent with innocence. The appeal to the Court of Appeal was heard by five judges ([1938] O.R. 200). Middleton J.A. wrote the principal judgment for the majority, with shorter concurring judgments by Masten, Fisher and Henderson J.J.A. Latchford C.J.A. dissented. The appeal was allowed. The conviction was quashed and the accused was acquitted. Middleton J.A. examined very closely the evidence led at trial. Before doing so, he referred to the rule in *Hodge's Case* and noted that it had been approved in this Court in *Fraser v. The King*, [1936] S.C.R. 1. He referred to Rinfret J.'s quotation of the rule in that case from Wills, *On Circumstantial Evidence*, in these terms:

In order to justify the inference of guilt, the inculpatory facts must be incompatible with the innocence of the accused and incapable of any other reasonable hypothesis than that of guilt.

He added that it was not enough that the facts are consistent with guilt. Middleton J.A. then proceeded to examine closely the nine distinct points relied upon by the Crown to support its case, and he found in each case that the evidence was not inconsistent with Comba's innocence. He referred again to *Fraser v. The King*, [1936] S.C.R. 296, and quoted the words of Rinfret J. (as he then

la poursuite, dire au jury que, vu la nature douteuse de la preuve offerte, il serait dangereux de déclarer le détenu coupable, et qu'il aurait dû lui imposer un verdict d'acquiescement en conséquence. On ne peut, et on ne pouvait, en toute vraisemblance, laisser entendre que la preuve de la poursuite se trouvait de quelque manière renforcée ou améliorée par celle dont la défense avait saisi le jury.

Le pourvoi est rejeté.

On ne peut saisir toute l'importance de ces mots sans examiner attentivement ce qui s'est passé au procès et en appel.

L'affaire concernait le meurtre d'une jeune fille. Comba fut accusé et reconnu coupable. La preuve qui pesait contre lui était entièrement indirecte et, bien que certains faits révélés auraient pu être compatibles avec sa culpabilité, rien n'avait été démontré qui n'était pas également compatible avec son innocence. Cinq juges ont été saisis de l'appel interjeté à la Cour d'appel ([1938] O.R. 200). Le juge Middleton a écrit les motifs principaux de la cour à la majorité et des motifs concordants plus courts ont été rédigés par les juges Masten, Fisher et Henderson. Le juge en chef Latchford était dissident. L'appel a été accueilli. La déclaration de culpabilité a été annulée et l'accusé acquitté. Le juge Middleton a examiné très attentivement la preuve administrée au procès. Mais avant de le faire, il a mentionné la règle de l'affaire *Hodge*, soulignant qu'elle avait été approuvée par cette Cour dans l'arrêt *Fraser v. The King*, [1936] R.C.S. 1. Il s'est ensuite référé à la citation de la règle par le juge Rinfret dans cette affaire, tirée de Wills, *On Circumstantial Evidence*, que voici:

[TRADUCTION] Afin de justifier une déduction de culpabilité, les faits qui tendent à incriminer doivent être incompatibles avec l'innocence du prévenu et avec toute autre hypothèse raisonnable si ce n'est la culpabilité.

Il a ajouté qu'il ne suffit pas que les faits soient compatibles avec la culpabilité. Puis il a examiné soigneusement les neuf points distincts sur lesquels s'appuyait la preuve du ministère public, pour constater que dans chaque cas la preuve offerte n'était pas incompatible avec l'innocence de Comba. Il s'est référé de nouveau à l'arrêt *Fraser v. The King*, [1936] R.C.S. 296, et a cité le juge

was), speaking for the Court in the *Fraser* case, at pp. 300-01:

It would appear, therefore, that, when the evidence in a criminal case is purely circumstantial and at the same time equally consistent with the innocence as with the guilt of the accused, the Court of Criminal Appeal in England regards that evidence as insufficient to justify the jury in convicting, holds the verdict unsatisfactory and quashes the conviction, on the ground that it cannot be supported, having regard to the evidence.

Middleton J.A. then stated (at p. 212):

Upon this principle of law it is evident to the majority of the Court that this verdict must be set aside and the verdict of acquittal recorded.

The other judges of the majority agreed with Middleton J.A. Masten J.A. said, at p. 213:

I agree in the conclusion that the conviction must be quashed on the ground that the Crown's evidence is not incompatible with the innocence of the accused.

Fisher J.A. concluded his concurring reasons with the words (at p. 214):

My conclusion is that the evidence is as consistent with the accused's innocence as with his guilt, and that the jury was not justified in making the finding it did.

Henderson J.A. entirely concurred with Middleton J.A. and said, at p. 215:

The chain of events is consistent with his innocence and inconsistent with his guilt.

It is evident then that all four judges of the majority considered and applied the rule in *Hodge's Case* to the evidence which had been led at trial. They all found that the evidence was as consistent with innocence as with guilt. Thus, it will be seen that *Comba*, as decided in the Ontario Court of Appeal, is a 'no evidence' case and not inconsistent with the line of authority which culminates with Ritchie J. in *Shephard*. It is in this context that one must consider the words of Sir Lyman Duff C.J. in *Comba* in the Supreme Court of Canada. At page 397, he restated the test from *Hodge's Case* in these words:

Rinfret (alors juge puîné), qui s'exprime au nom de la Cour dans l'arrêt *Fraser*, aux pp. 300 et 301:

[TRADUCTION] Il semblerait donc que, lorsque la preuve administrée dans une affaire criminelle est purement indirecte et compatible à la fois avec l'innocence et avec la culpabilité du prévenu, la Cour d'appel d'Angleterre, division criminelle, considère cette preuve comme insuffisante pour permettre au jury de conclure à la culpabilité, tient le verdict pour insatisfaisant et annule la déclaration de culpabilité pour le motif qu'elle ne peut être justifiée compte tenu de la preuve soumise.

Le juge Middleton dit alors (à la p. 212):

[TRADUCTION] En vertu de ce principe de droit, il est évident, pour la majorité des juges de la cour, qu'il faut annuler ce verdict et inscrire un verdict d'acquiescement.

Les autres juges formant la majorité ont souscrit à l'avis du juge Middleton. Le juge Masten affirme, à la p. 213:

[TRADUCTION] Je suis d'accord pour conclure que la déclaration de culpabilité doit être annulée pour le motif que la preuve du ministère public n'est pas incompatible avec l'innocence de l'accusé.

Le juge Fisher conclut son opinion concordante en ces termes (à la p. 214):

[TRADUCTION] Ma conclusion est que la preuve administrée est tout aussi compatible avec l'innocence de l'accusé qu'avec sa culpabilité et que le jury n'était pas justifié de conclure comme il l'a fait.

Le juge Henderson a souscrit entièrement à l'avis du juge Middleton, disant, à la p. 215:

[TRADUCTION] La suite des événements est compatible avec son innocence et incompatible avec sa culpabilité.

Il est donc évident que les quatre juges formant la majorité ont tous pris en considération la règle de l'affaire *Hodge* qu'ils ont appliquée à la preuve administrée au cours du procès. Ils ont tous conclu que cette preuve était tout autant compatible avec l'innocence qu'avec la culpabilité de l'accusé. Ainsi, on peut constater que l'arrêt *Comba*, comme en a jugé la Cour d'appel de l'Ontario, est un cas où il n'y a «aucune preuve» et qu'il n'est pas incompatible avec le courant de jurisprudence qui a atteint son point culminant avec le juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard*. C'est dans ce contexte que l'on doit examiner les propos du juge en chef sir Lyman Duff dans l'arrêt *Comba* de la Cour suprême du Canada. À la p. 397, il reprend ainsi le critère de l'affaire *Hodge*:

It is admitted by the Crown, as the fact is, that the verdict rests solely upon a basis of circumstantial evidence. In such cases, by the long settled rule of the common law, which is the rule of law in Canada, the jury, before finding a prisoner guilty upon such evidence, must be satisfied not only that the circumstances are consistent with a conclusion that the criminal act was committed by the accused, but also that the facts are such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person.

He then concluded that the facts did not have the probative force required to satisfy the rule. He expressed agreement with the majority of the Court of Appeal, whose reasons he found convincing and conclusive, that the trial judge should have told the jury that "in view of the dubious nature of the evidence, it would be unsafe to find the prisoner guilty, and to have directed them to return a verdict of acquittal accordingly". These are the words that from time to time have caused uncertainties. It has been suggested that the use of the word 'dubious' has given the trial judge a power or discretion to weigh and consider the quality of the evidence and to remove it from the jury's consideration. In my view, no such result occurred. The word 'dubious', as used here, must be considered in the context of the whole case and, particularly, the judgment of the majority of the Ontario Court of Appeal which Sir Lyman Duff C.J. specifically approved. The evidence was dubious only because in the application of the test in *Hodge's Case* it cast the balance neither way. It led to no result and left no evidence upon which a conclusion could be based. It is evident then that like the Court of Appeal, this Court treated *Comba* as a 'no evidence' case. It is then consistent with past authority. Accordingly, there is no authority from this Court which is inconsistent with *Shephard*.

I am aware, of course, that in *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348, and *R. v. Sawrenko* (1971), 4 C.C.C. (2d) 338, the British Columbia Court of Appeal and the Court of Appeal for the Yukon Territory held that, when faced with a motion for a directed verdict in a case dependent on circum-

[TRADUCTION] Le ministère public admet qu'en fait, le verdict repose uniquement sur une preuve indirecte. Dans de tels cas, conformément à la règle de *common law* établie depuis longtemps, qui est le principe en vigueur au Canada, le jury, avant de conclure à la culpabilité d'un prisonnier sur la foi d'une preuve indirecte, doit être convaincu non seulement que les faits sont compatibles avec la culpabilité de l'inculpé, mais encore que toute autre conclusion serait illogique.

Il conclut alors que les faits n'ont pas la force probante requise pour satisfaire à la règle. Il est d'accord avec les juges formant la majorité de la Cour d'appel, dont il considère les motifs de jugement convaincants et décisifs, pour dire que le juge du procès aurait dû dire au jury que «vu la nature douteuse de la preuve offerte, il serait dangereux de déclarer le détenu coupable, et qu'il aurait dû lui imposer un verdict d'acquiescement en conséquence». Ce sont là les termes qui, à l'occasion, ont suscité de l'incertitude. On a prétendu que l'emploi du terme «douteux» avait conféré au juge du procès un pouvoir discrétionnaire d'évaluer et d'examiner la qualité de la preuve administrée et d'en dessaisir le jury. À mon avis, il n'en n'est pas ainsi. Le terme «douteux», employé ici, doit être examiné en fonction de toute l'affaire et, en particulier, de l'arrêt des juges formant la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario, que le juge en chef sir Lyman Duff a expressément approuvé. La preuve offerte était douteuse uniquement parce que l'application du critère de l'affaire *Hodge* ne faisait pencher la balance ni d'un côté ni de l'autre. Elle ne conduisait à aucun résultat et il n'en découlait aucune preuve susceptible de servir de fondement à une conclusion. Il est donc évident que, tout comme la Cour d'appel, notre Cour a considéré l'arrêt *Comba* comme une affaire où il n'y avait «aucune preuve». Il est donc compatible avec la jurisprudence antérieure. En conséquence, il n'existe aucun précédent de notre Cour qui soit incompatible avec l'arrêt *Shephard*.

Je sais bien, naturellement, que dans les arrêts *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348, et *R. v. Sawrenko* (1971), 4 C.C.C. (2d) 338, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel du territoire du Yukon ont jugé que, lorsqu'il est saisi d'une requête en obtention d'un verdict imposé

stantial evidence, it was the duty of the trial judge to decide whether the evidence satisfied the rule in *Hodge's Case*. Only if it did, was the case to go to the jury for determination of guilt or innocence. In this sense a weighing process or an assessment of quality was contemplated on the part of the judge. Those cases, however, were effectively overruled in this Court in *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181, and *Lavoie v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 193, and even in circumstantial cases the law now is that any determination as to compliance with the rule in *Hodge's Case* would be left to the jury.

The significance of all this is now somewhat limited because of this Court's decision in *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860, which has placed the rule in *Hodge's Case* into the general consideration of reasonable doubt. In any event on the law as it stood when *Comba* was decided, it is clear that Sir Lyman Duff C.J. was treating circumstantial evidence, which did not comply with the rule in *Hodge's Case*, as no evidence at all going to show guilt. In this, he was not disturbing the long line of authority against directed verdicts where there was some evidence of guilt.

Reliance was placed in argument upon the judgment of the Court of Appeal of Alberta in *R. v. Duhamel*, *supra*, and the English case of *R. v. Turnbull*, *supra*, upon which it is largely based. In *Turnbull*, Lord Widgery C.J., for the Court of Appeal, Criminal Division (Roskill, Lawton L.J.J., Cusack and May J.J.), stressed the dangers of injustice that can arise and in some cases have arisen because of errors made in visual identification of persons charged with crime. At the same time, he was at pains to make it clear that visual identification could not be eliminated as admissible evidence in criminal proceedings. He dwelt at length on the nature and scope of the directions which a trial judge should give to a jury which had to deal with evidence of visual identification, and he said that failure to give an adequate direction could result in convictions being quashed. In all, he

dans une affaire qui repose sur une preuve indirecte, il est du devoir du juge du procès de décider si cette preuve satisfait à la règle de l'affaire *Hodge*. Ce n'est que si elle y satisfait que le jury doit en être saisi en vue de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. En ce sens, un processus d'évaluation ou d'examen de la qualité de la preuve est envisagé pour le juge. Toutefois, cette jurisprudence a effectivement été rejetée par cette Cour dans les arrêts *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181, et *Lavoie c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 193, et même dans les affaires qui reposent sur une preuve indirecte, la règle qui s'applique maintenant porte que toute décision quant au respect de la règle de l'affaire *Hodge* relève du jury.

L'importance de tout ceci est maintenant quelque peu limitée en raison de l'arrêt de cette Cour *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860, qui situe la règle de l'affaire *Hodge* dans le contexte général du doute raisonnable. Quoi qu'il en soit, selon l'état du droit en vigueur à l'époque de l'arrêt *Comba*, il est clair que le juge en chef sir Lyman Duff considérait qu'une preuve indirecte qui ne respectait pas la règle de l'affaire *Hodge* constituait une absence totale de preuve démontrant la culpabilité. En cela, il ne dérogeait pas au courant de jurisprudence ancien, qui interdisait les verdicts imposés lorsqu'il existait des éléments de preuve de culpabilité.

Au cours du débat on a invoqué l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta *R. v. Duhamel*, précité, et l'arrêt anglais *R. v. Turnbull*, précité, sur lequel il est largement fondé. Dans l'arrêt *Turnbull*, le juge en chef lord Widgery, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, division criminelle (les lords juges Roskill et Lawton et les juges Cusack et May), a souligné les dangers d'injustice qui peuvent être engendrés et qui dans certains cas l'ont été par suite d'erreurs commises lors d'identifications visuelles de personnes accusées d'un crime. Mais en même temps, il a pris la peine de faire clairement entendre qu'une identification visuelle ne peut être éliminée en tant que preuve admissible dans une instance criminelle. Il s'est étendu sur la nature et la portée des directives que le juge du procès doit donner à un jury qui est appelé à examiner une preuve d'identification visuelle et il a

was referring to what he described as the quality of the evidence. He said, at p. 552:

If the quality is good and remains good at the close of the accused's case, the danger of a mistaken identification is lessened; but the poorer the quality, the greater the danger.

It is impossible to disagree with Lord Widgery C.J. when he speaks of the danger of error in visual identification. Nobody could disagree with his assertion of the need for a careful and complete direction to the jury with regard to their treatment of such evidence. When, however, he introduces the suggestion that the trial judge should consider the quality of the evidence and, where he finds it wanting, take the case from the jury, he enters more controversial ground and authorizes the trial judge to encroach upon the jury's territory. Such a step blurs or even obliterates the clear line separating the functions of judge and jury. Questions of credibility and the weight that should be given to evidence are peculiarly the province of the jury. The term 'quality', as applied by Lord Widgery C.J., is really nothing more than a synonym for 'weight'. To consider it, the trial judge exceeds his function. I am fully aware that untruthfulness on the part of a witness is not the only factor which may render his evidence weak or even useless. The most honest witness may be mistaken or, by external interference or distraction or by lack of opportunity to observe, the value of his evidence may be diminished or even eliminated so that it should receive little if any weight. All these considerations affect the weight of the evidence and the jury, twelve indifferent persons who must be unanimous to convict the accused, may with a careful direction from the trial judge take account of all these relevant factors and reach a conclusion with at least as much reliability as a single judge.

affirmé que le défaut de donner des directives adéquates peut entraîner l'annulation de déclarations de culpabilité. Somme toute, il se référait à ce qu'il a appelé la qualité de la preuve. Il dit, à la p. 552:

[TRADUCTION] Si cette qualité est bonne et le demeure jusqu'à la fin de la présentation de la preuve de l'accusé, le danger d'erreur d'identification est réduit; mais plus la preuve est de piètre qualité plus grand est le danger.

Il est impossible de ne pas être d'accord avec le juge en chef lord Widgery lorsqu'il parle du danger d'erreur que comporte une identification visuelle. Personne ne peut être en désaccord avec lui lorsqu'il insiste sur la nécessité de donner au jury des directives complètes et minutieuses sur la façon dont il doit traiter une telle preuve. Toutefois, lorsqu'il laisse entendre que le juge du procès devrait examiner la qualité de la preuve pour en dessaisir le jury s'il la juge insuffisante, il s'avance sur un terrain plus glissant car il autorise alors le juge à empiéter sur le domaine de compétence du jury. Une telle démarche estompe, voire même supprime, la ligne de démarcation claire qui existe entre les fonctions du juge et celles du jury. Les questions de la crédibilité et du poids qu'il faut accorder à un témoignage relèvent exclusivement de la compétence du jury. Le terme «qualité», dans le sens que lui donne le juge en chef lord Widgery, n'est en réalité rien de plus qu'un synonyme de «poids». En l'examinant, le juge excède ses fonctions. Je suis parfaitement conscient que ce n'est pas uniquement lorsqu'un témoin n'est pas sincère que son témoignage peut être faible ou même inutile. Le témoin le plus honnête peut se tromper ou, par suite d'une intervention extérieure, d'une distraction ou du manque de possibilité d'observer, la valeur de son témoignage peut être diminuée et même anéantie, ce qui justifie alors de ne lui donner que peu ou pas de poids. Toutes ces considérations influent sur le poids à donner au témoignage et le jury, composé de douze personnes neutres qui doivent être unanimes pour déclarer l'accusé coupable, peut, après avoir reçu des directives minutieuses du juge du procès, tenir compte de tous ces facteurs pertinents et tirer une conclusion au moins aussi fiable que celle d'un juge siégeant seul.

I do not adopt this position "out of deference to the verdict of a jury". I do so because it merely accords with the duty the law has imposed upon juries. There may have been a time when a paternalistic approach to unsophisticated jurors was justified. That time is now past and modern jurors represent a well-educated, well-informed and experienced cross-section of our society. If it is unsafe to preserve in today's world the distinction between the functions of a judge and a jury, that fact would count as an argument for the entire abolition of the jury system rather than for a mere change in the law relating to the extent of the jury's role. This would be a development that I would much regret.

Turning to the case at bar, it is acknowledged that there was direct evidence of identification. It should have been left to the jury, with a proper caution in the terms suggested in *Turnbull*. I would therefore dismiss the appeal and confirm the direction for a new trial. I agree with Hall J.A. that any question regarding the allegedly improper police procedures in connection with the later identification in the courtroom should be left for the new trial.

The reasons of Lamer and La Forest JJ. were delivered by

LAMER J. (*dissenting*)—The issue in this appeal can be simply stated as follows: Did the trial judge err in law in directing a verdict of acquittal despite the fact that there was some evidence as to the identification of the accused?

The appellant was tried for rape before a jury in the Court of Queen's Bench of Manitoba. The accused at trial and throughout does not contest the fact that the victim was raped. He takes issue solely with her identification of him as her assailant. She was the only witness as regards that issue. At the close of the Crown's case, Wright J. granted a motion for a directed verdict of acquittal. The Court of Appeal, one judge dissenting, allowed the Crown's appeal and ordered a new trial: (1983), 35 C.R. (3d) 272. The accused comes to this Court

Je n'adopte pas cette position «par respect envers le verdict d'un jury». Je le fais simplement parce qu'elle est conforme à l'obligation que la loi impose au jury. Il y a peut-être eu un temps où une attitude paternaliste envers des jurés naïfs était justifiée. Cette époque est maintenant révolue et les jurés modernes représentent une couche bien éduquée, bien informée et expérimentée de notre société. S'il était dangereux de maintenir de nos jours la distinction entre les fonctions d'un juge et celles du jury, cela serait jugé comme un argument en faveur de l'abolition complète du système de jury, plutôt que comme une simple modification du droit relatif à l'étendue du rôle du jury. Ce serait là un événement que je regretterais beaucoup.

Pour en revenir à l'espèce, on reconnaît qu'il y a une preuve directe d'identification. On aurait dû laisser le jury l'apprécier, après lui avoir fait une mise en garde appropriée de la manière proposée dans l'arrêt *Turnbull*. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès. Je suis d'accord avec le juge Hall de la Cour d'appel pour dire que toute question concernant les procédures prétendument irrégulières de la police, relativement à l'identification subséquente dans la salle d'audience, doit être examinée dans le cadre du nouveau procès.

Version française des motifs des juges Lamer et La Forest rendus par

LE JUGE LAMER (*dissentant*)—La question soulevée par le présent pourvoi peut s'énoncer simplement ainsi: Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en imposant un verdict d'acquiescement même s'il y avait des éléments de preuve quant à l'identification de l'accusé?

L'appelant a subi son procès pour viol devant un jury en Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Au procès et en appel, l'accusé n'a pas contesté le fait que la victime a été violée. Il conteste seulement l'identification qu'elle en a faite comme étant son assaillant. Elle a été le seul témoin relativement à cette question. À la fin de la présentation de la preuve de la poursuite, le juge Wright a fait droit à une requête visant à obtenir un verdict imposé d'acquiescement. La Cour d'appel, dont un juge a été dissident, a accueilli l'appel de la pour-

as of right under s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*.

The Facts

On June 13, 1982, at approximately 12:45 a.m., the complainant was walking down Water Avenue in Winnipeg. She was attacked by a man who grabbed her around the neck and pulled her behind the C.N.R. sheds on Water Avenue, where he proceeded to sexually assault her. The complainant managed to escape and ran to the street where she was rescued by a passing motorist. According to the complainant, the entire incident took about twenty minutes. The complainant stated that before being dragged behind the shed she had an opportunity to see the man's face when he was beside her and that she had a front view of his face long enough to see him. She admitted it was dark behind the shed area but said that she was still able to see her attacker's face.

The most comprehensive summary of the identification evidence is to be found in Matas J.A.'s reasons in the Court of Appeal at pp. 278-81:

The complainant described her assailant to the police on three occasions. The first description was given in the early morning of 13th June, a short time after the attack. Later in the day, at about 2:00 p.m., the complainant gave a description to a different police officer. And on 17th June, she described her assailant to a police artist in order to have a sketch prepared.

At the first interview, according to the police officer, the attacker was described as male, white, 26 years old, with a chubby build, squinty eyes, a large mouth and dark short hair. (The police officer noted this description of the assailant's hair because the complainant said that the hair came to the top of the assailant's ears.) The assailant was said to be wearing a blue coat, blue jeans and suede shoes.

At the second interview, the police officer was told that the assailant was male, white, 26 years of age, 5 feet 9 inches to 5 feet 10 inches, with a heavy build, chunky and muscular, squinty eyes, that he had dark hair just below the ears, and that he was wearing blue jeans, dark-coloured shoes, a light-coloured T-shirt, and

suite et ordonné un nouveau procès: (1983), 35 C.R. (3d) 272. L'accusé se pourvoit de plein droit devant cette Cour conformément à l'al. 618(2)a) du *Code criminel*.

^a Les faits

^b Le 13 juin 1982, vers 0 h 45, la plaignante marchait seule sur l'avenue Water à Winnipeg. Elle a été attaquée par un homme qui l'a empoignée par le cou, l'a traînée derrière les hangars du CN sur l'avenue Water et l'a agressée sexuellement. La plaignante a réussi à s'échapper et a couru vers la rue où un automobiliste qui passait ^c lui a porté secours. Selon la plaignante, tout l'incident a duré environ 20 minutes. La plaignante a déclaré qu'avant d'être traînée derrière le hangar elle a eu la possibilité de voir le visage de l'individu alors qu'il était à côté d'elle et qu'il a exposé ^d suffisamment son visage en face d'elle pour qu'elle ait le temps de le voir. Elle a reconnu qu'il faisait noir derrière le hangar, mais elle a affirmé qu'elle avait quand même été capable de voir le visage de son assaillant. ^e

Le résumé le plus complet de la preuve d'identification se trouve dans les motifs du juge Matas de la Cour d'appel, aux pp. 278 à 281:

^f [TRADUCTION] La plaignante a décrit son agresseur à la police à trois reprises. Elle a donné la première description tôt dans la matinée du 13 juin peu de temps après l'agression. Plus tard dans la journée, vers 14 h, la plaignante a donné une description de l'individu à un autre agent de police. Puis le 17 juin, elle a décrit son agresseur à un dessinateur de la police pour qu'il en fasse un portrait-robot. ^g

^h Au cours de la première entrevue, selon l'agent de police, l'assaillant a été décrit comme un blanc de sexe masculin, âgé de 26 ans, trapu, aux yeux louches, ayant une grande bouche et des cheveux noirs et courts. (L'agent de police a pris note de la description des cheveux de l'assaillant parce que la plaignante a dit que les cheveux de l'assaillant lui allaient à l'extrémité supérieure des oreilles.) L'assaillant portait, selon elle, un veston bleu, des blue-jeans et des souliers de suède. ⁱ

Au cours de la deuxième entrevue, elle a dit à l'agent de police que l'assaillant était un blanc, de sexe masculin, âgé de 26 ans, mesurant entre 5 pieds 9 pouces et 5 pieds 10 pouces, de forte taille, trapu et musclé, aux yeux louches, qu'il avait les cheveux noirs qui lui descendaient juste au-dessous de l'oreille et qu'il portait des

a blue three quarter-length smock-type jacket with large patch pockets on each side.

The complainant did not say anything about eye colour or skin tone or colour. At the trial, she admitted she would not have been able to give that information because the attacker was always in a dark area and it was difficult to tell colours.

The description given by the complainant to the police artist at the opening of their session was that the assailant was male, Caucasian (with 'some Indian mix'), 27 years of age, 5 feet 10 inches, over 200 pounds and muscular, and that he was wearing a three-quarter-length blue jacket, a beige-coloured T-shirt, jeans and "hush-puppy"-style shoes. This was the first time actual weight was mentioned and was the first reference to Indian background. Further discussion between the artist and the complainant resulted in the sketch which was filed in court as Ex. 1. The complainant said she thought that the sketch resembled her attacker but she had a feeling something was missing. At the trial, the artist said Mr. Mezzo did not appear to have an Indian background.

Mr. Mezzo was arrested on 27th June, 1982, about two weeks after the attack on the complainant in this case. The complainant and two police officers testified about the in-court or docket identification of Mr. Mezzo which took place on 28th June and 30th June, 1982.

It was not suggested to the complainant that she take part in an identification line-up.

Constable Steinthorson telephoned the complainant on 27th June to ask her to come to the Public Safety Building the next day for the courtroom identification. The complainant met Constable Steinthorson at 9:00 a.m. the next morning. Constable Steinthorson suspected Mr. Mezzo was her assailant. He knew Mr. Mezzo well enough to know what he looked like and to identify him. He told the complainant that they would be doing a courtroom identification; she was to accompany him to the courtroom, where a number of persons would appear. The complainant expected to see her attacker, but she did not know when. She also knew he was in jail.

At about 10:00 a.m. the complainant went into the courtroom. She sat on the left side of the public gallery, in the third row, with a rape crisis worker and Constable Steinthorson. The prisoners came into the courtroom from a door on the left. At about 10:45 a.m., when Mr.

blue-jeans, des souliers foncés, un t-shirt pâle, une veste trois-quarts de type sarrau avec de grandes poches appliquées de chaque côté.

La plaignante n'a rien dit à propos de la couleur de ses yeux ou de son teint. Au procès, elle a reconnu qu'elle n'aurait pas pu donner de renseignements à cet égard parce que son assaillant est resté dans l'obscurité et qu'il était difficile de distinguer les couleurs.

La description donnée par la plaignante au dessinateur de la police au début de leur entrevue portait que l'assaillant était de sexe masculin, de race blanche (avec «un mélange d'Indien»), âgé de 27 ans, mesurant 5 pieds 10 pouces, pesant plus de 200 livres, musclé et qu'il portait une veste bleue trois-quarts, un t-shirt beige, des jeans et des souliers à semelle gommée. C'était la première fois que le poids lui-même était mentionné et la première mention de l'ascendance indienne. La discussion qui s'est poursuivie entre le dessinateur et la plaignante a abouti au portrait-robot qui a été produit en cour comme pièce n° 1. La plaignante a dit qu'elle croyait que le portrait-robot ressemblait à son assaillant, mais qu'elle avait l'impression qu'il lui manquait quelque chose. Au procès, le dessinateur a dit que M. Mezzo ne semblait pas avoir d'ascendance indienne.

M. Mezzo a été arrêté le 27 juin 1982, environ deux semaines après l'agression commise sur la plaignante en l'espèce. La plaignante et deux agents de police ont déposé à propos de l'identification de M. Mezzo en cour ou au banc des accusés, qui a eu lieu les 28 et 30 juin 1982.

On n'a pas invité la plaignante à prendre part à une séance d'identification régulière.

L'agent Steinthorson a téléphoné à la plaignante le 27 juin pour lui demander de se présenter à l'édifice de la Sûreté générale le lendemain pour procéder à une identification en salle d'audience. La plaignante a rencontré l'agent Steinthorson à 9 h le lendemain matin. L'agent Steinthorson soupçonnait M. Mezzo d'être l'assaillant de la plaignante. Il connaissait suffisamment M. Mezzo pour savoir ce dont il avait l'air et pouvoir l'identifier. Il a dit à la plaignante qu'ils procéderaient à une identification en salle d'audience; elle devait le suivre à la salle d'audience où plusieurs personnes allaient comparaître. La plaignante s'attendait à voir son assaillant, mais ne savait pas à quel moment. Elle savait qu'il était en prison.

La plaignante est entrée dans la salle d'audience vers 10 h. Elle s'est assise du côté gauche de la tribune réservée au public, dans la troisième rangée, en compagnie d'un conseiller d'un centre d'aide aux victimes de viol et de l'agent Steinthorson. Les détenus se présen-

Mezzo, the fifth prisoner, came in and sat down, the police officer saw the complainant react visibly by shaking and moving from side to side. Mr. Mezzo was about 20 to 25 feet away from the complainant. He was in the courtroom about 90 seconds. Shortly after Mr. Mezzo's appearance, the complainant left the courtroom at the suggestion of the police officer.

The complainant told the police officer that Mr. Mezzo looked like her assailant but she was not sure. Nevertheless, Constable Steinhorsen felt that the complainant had identified Mr. Mezzo as her attacker.

The complainant explained to the court that she had not been sure of the identification because her view of Mr. Mezzo was obstructed by a sheriff who was standing beside Mr. Mezzo. She said she did not get a good look at Mr. Mezzo for that reason.

The police were unable to say whether Mr. Mezzo's name was called, or whether the offence he was charged with was mentioned. No evidence was available about who the previous prisoners were or what they looked like. Constable Steinhorsen agreed on cross-examination that: 'So as far as we know, the only individual who came forward that morning who was of the rough description that the complainant had originally given was Michael Mezzo.'

Later, the complainant received a call from Constable Legge, who said he wanted her to come in and identify some people. Constable Legge had become involved in the case on 27th June. In his direct examination he explained his purpose in this way:

"I indicated to her at that time that in the course of our investigation we had a suspect in the matter of the attack upon herself and we wished her to accompany myself to a courtroom on that day and to view all the persons in the courtroom that day to see if there is anything she could tell me about anyone in the courtroom."

On 30th June, Constable Legge and the complainant seated themselves in the courtroom in the first row, but this time on the right-hand side. They were 30 to 35 feet away from the prisoner. Although Constable Legge said he had asked the Crown attorney to arrange not to call Mr. Mezzo's name, the name was called. By coincidence, Mr. Mezzo was again the fifth person to come out of the one door into the courtroom. The complainant positively identified Mr. Mezzo as her assailant.

taient au tribunal par une porte située sur la gauche. Vers 10 h 45, lorsque M. Mezzo, le cinquième détenu, s'est présenté et s'est assis, l'agent a constaté que la plaignante a manifestement réagi par des tremblements et un balancement. M. Mezzo se trouvait à environ 20 ou 25 pieds de la plaignante. Il est resté dans la salle d'audience pendant environ 90 secondes. Peu après la comparution de M. Mezzo, la plaignante est sortie de la salle d'audience sur les conseils de l'agent de police.

La plaignante a dit à l'agent de police que M. Mezzo ressemblait à son assaillant, mais qu'elle n'était pas certaine. L'agent Steinhorsen a néanmoins estimé que la plaignante avait identifié M. Mezzo comme étant son assaillant.

La plaignante a expliqué au tribunal qu'elle n'avait pas été certaine de l'identification parce que sa vue de M. Mezzo avait été voilée par un huissier qui se tenait à côté de lui. Elle a dit qu'elle n'avait pas pu bien voir M. Mezzo pour cette raison.

Les policiers ont été incapables de dire si on avait mentionné le nom de M. Mezzo ou encore l'infraction dont il était accusé. On n'a présenté aucun élément de preuve quant à l'identité des détenus précédents ni quant à leur apparence. L'agent Steinhorsen a reconnu en contre-interrogatoire que «Pour autant que nous sachions, la seule personne qui s'est présentée ce matin-là et qui correspondait dans l'ensemble à la description que la plaignante avait d'abord donnée était Michael Mezzo.»

Plus tard, l'agent Legge a téléphoné à la plaignante et lui a demandé de venir identifier des personnes. L'agent Legge avait commencé à s'occuper de l'affaire le 27 juin. Dans son témoignage principal, il a expliqué ainsi ce qu'il recherchait:

«Je lui ai fait savoir à l'époque qu'au cours de notre enquête nous avions un suspect dans l'affaire de l'agression dont elle avait été victime et que nous voulions qu'elle m'accompagne à une salle d'audience ce jour-là et regarde toutes les personnes présentes dans la salle pour voir si elle avait quelque chose à me dire à propos de l'une ou l'autre d'entre elles.»

Le 30 juin, l'agent Legge et la plaignante se sont assis dans la première rangée de la salle d'audience, mais cette fois du côté droit. Ils étaient à 30 ou 35 pieds du détenu. L'agent Legge a dit que, même s'il avait demandé au substitut du procureur général de faire en sorte que le nom de M. Mezzo ne soit pas prononcé, il l'a quand même été. Par hasard, M. Mezzo était encore une fois la cinquième personne à entrer dans la salle d'audience par la porte en question. La plaignante a identifié formellement M. Mezzo comme étant son assaillant.

At the preliminary hearing, the complainant identified Mr. Mezzo as her assailant. The only people in the courtroom on that occasion were the judge, the Crown attorney, Mr. Mezzo's lawyer and Mr. Mezzo.

At the trial, the complainant identified a photograph of Mr. Mezzo, taken in June 1982, and identified the accused in the box. She described her assailant as 5 feet 8 inches to 5 feet 9 inches, 185 to 200 pounds, husky, 26 years of age, with dark black hair, ear-length, an oval face, squinty eyes, a long and pudgy nose, a full mouth and lips, and dark tone skin similar to native in racial origin. She said he had been wearing a beige T-shirt, blue jeans, dark suede shoes, and a navy blue jacket, three-quarter length, like a hip jacket, of heavy-weight nylon.

The description of the jacket corresponded to the jacket seized from Mr. Mezzo and filed in court as an exhibit. It was different from her earlier descriptions. And the description of Mr. Mezzo at the trial was more in accord with his actual appearance in June 1982 than the first descriptions given by the complainant to the police.

The Law

This Court's latest pronouncement as regards the test to be applied by a judge when deciding a motion for a directed verdict is to be found in the reasons of Ritchie J., writing for the majority in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067. It was there reiterated that it was the same test as that to be applied by a Justice of the Peace when deciding whether to commit an accused to trial. That test is set out in s. 475 of the *Criminal Code* as being whether "in his opinion the evidence is" (or is not) "sufficient to put the accused on trial". Before this Court's decision in *Shephard*, that test had been interpreted in three different ways: the probable guilt test, the *prima facie* case test where the judge cannot weigh the evidence at all to determine sufficiency, and the *prima facie* test where the judge does weigh the evidence.

The *Shephard* decision has put to rest the debate between probable guilt as against the *prima facie* test, and comes down on the side of the proponents of the *prima facie* test. But while there was agreement as regards the exclusion of the

À l'enquête préliminaire, la plaignante a identifié M. Mezzo comme étant son assaillant. Les seules personnes présentes dans la salle d'audience à cette occasion étaient le juge, le substitut du procureur général, l'avocat de M. Mezzo et M. Mezzo lui-même.

Au procès, la plaignante a identifié une photographie de M. Mezzo prise en juin 1982 et a identifié l'accusé à la barre des témoins. Elle a décrit son assaillant comme mesurant entre 5 pieds 8 pouces et 5 pieds 9 pouces, pesant de 185 à 200 livres, costaud, ayant 26 ans, les cheveux noirs à la longueur des oreilles, le visage oval, les yeux louches, le nez rond et long, la bouche et les lèvres charnues, le teint foncé comme les Indiens. Elle a dit qu'il portait un t-shirt beige, des blue-jeans, des souliers de suède foncé, une veste trois-quarts marine, comme une veste à la hanche en gros nylon.

La description de la veste correspondait à celle qui a été saisie chez M. Mezzo et produite en cour comme pièce à conviction. Elle différait des descriptions antérieures données par la plaignante. La description de M. Mezzo donnée au procès correspondait plus à son apparence réelle en juin 1982 qu'aux premières descriptions données par la plaignante à la police.

Le droit

L'arrêt le plus récent de la Cour sur le critère qu'un juge doit appliquer pour statuer sur une requête en obtention d'un verdict imposé se trouve dans les motifs écrits, pour la Cour à la majorité, par le juge Ritchie dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Sheppard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. On y répète que le critère est le même que celui que doit appliquer un juge de paix au moment de décider s'il y a lieu de renvoyer un prévenu à son procès. Ce critère est énoncé à l'art. 475 du *Code criminel* comme étant de savoir «si, à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement». Avant l'arrêt *Sheppard* de cette Cour, ce critère avait été interprété de trois façons différentes, savoir le critère de la culpabilité probable, le critère de la preuve *prima facie* où le juge ne peut évaluer la preuve pour en déterminer le caractère suffisant, et celui de la preuve *prima facie* où le juge évalue la preuve.

L'arrêt *Sheppard* a mis fin au débat portant sur le critère de la culpabilité probable par opposition à celui de la preuve *prima facie*, et penche en faveur de ceux qui préconisent le critère de la preuve *prima facie*. Mais bien que les juges aient

probable guilt test, the Court divided as to the formulation of the *prima facie* test and as to whether and to what extent the evidence could be weighed.

Ritchie J. stated that the test laid down in *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396, was limited to cases where the evidence was circumstantial and the test he laid down for the majority as to the "sufficiency" of the evidence is as follows, at p. 1080:

... whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The 'justice', in accordance with this principle, is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction.

In *Shephard*, an extradition case, the evidence was that of an accomplice who gave affidavit evidence in which he acknowledged that, if he co-operated and gave successful evidence against Shephard to the satisfaction of the American prosecuting authorities, all charges against him would be dropped. It was common ground, that the test to be applied by a judge in extradition matters is the same as that of a judge sitting at a preliminary inquiry or a judge deciding a motion for a directed verdict. I might mention that some cases have suggested that an extradition judge's discretion may be more restrictive, but this has no bearing on this case and I need not enter into that issue.

In *Shephard*, Ritchie J. said that (at p. 1084) "Credibility in my view must always be a question for the jury" and not the judge, and (at p. 1087) "I cannot accept the proposition that a trial judge is ever entitled to take a case from the jury and direct an acquittal on the ground that, *in his opinion*, the evidence is 'manifestly unreliable'."

The minority said the test was that which had been set out in *R. v. Comba*, *supra*. Spence J. writing for the minority said at p. 1076:

été d'accord pour exclure le critère de la culpabilité probable, la Cour a été divisée sur la question de la formulation du critère de la preuve *prima facie* et quant à savoir s'il fallait apprécier la preuve et dans quelle mesure on pouvait le faire.

Le juge Ritchie a affirmé que le critère énoncé dans l'arrêt *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396, se limitait aux affaires où la preuve était indirecte, et le critère qu'il a formulé, au nom de la Cour à la majorité, relativement au «caractère suffisant» de la preuve, est décrit ainsi à la p. 1080:

... selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Conformément à ce principe, j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité.

Dans l'arrêt *Shephard*, qui est une affaire d'extradition, la preuve consistait en un affidavit signé par un complice qui reconnaissait que s'il coopérait et fournissait aux autorités américaines suffisamment d'éléments de preuve contre Shephard, toutes les accusations portées contre lui seraient retirées. On reconnaissait que le critère applicable par le juge en matière d'extradition est le même que celui que doit appliquer un juge qui tient une enquête préliminaire ou un juge appelé à statuer sur une requête en obtention d'un verdict imposé. Je pourrais mentionner que, dans certaines affaires, on a laissé entendre que le pouvoir discrétionnaire du juge en matière d'extradition peut être plus restrictif, mais cela n'a aucune importance en l'espèce et il ne m'est pas nécessaire d'aborder cette question.

Le juge Ritchie affirme, à la p. 1084 de l'arrêt *Shephard*, qu'à son avis il appartient au jury et non pas au juge «d'évaluer la preuve pour en déterminer la crédibilité», et il ajoute à la p. 1087, «je ne puis admettre qu'un juge de première instance puisse dessaisir le jury et imposer l'acquiescement parce que, *selon lui*, la preuve est «manifestement peu digne de foi».

Pour les juges formant la minorité, le critère applicable était celui énoncé dans l'arrêt *R. v. Comba*, précité. Le juge Spence, qui a rédigé l'avis de la minorité, affirme à la p. 1076:

I am of the opinion that the trial judge, upon considering whether he should direct a verdict at the close of the Crown's case, has a discretion to direct a verdict not confined only to those cases where the evidence was wholly circumstantial. Rather, his discretion is, in the words of Chief Justice Duff, 'whether the evidence is of such a dubious nature as to be dangerous'. In *Puerto Rico v. Hernandez, supra*, the evidence was dubious and dangerous to use as a basis for conviction because the witness purported to make observations which the learned trial judge believed were impossible. In the present case, the evidence is dangerous and dubious because it was given by a witness who was quite evidently acting in hope of a reward which had been promised to him in detail. I use Thurlow J.'s words in *Hernandez*, 'I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence . . . '.

At first blush, Ritchie J.'s unqualified reference to "credibility" and "unreliability" could support the proposition that the weight to be given to a witness' testimony is the exclusive realm of the jury. But this interpretation does not survive a closer analysis of his reasons in *Shephard*.

The probative value, the weight to be given to a witness' testimony, is resultant of an assessment of (1) the witness' sincerity, honesty, and, (2) the witness' capacity to be accurate. When Ritchie J. in *Shephard*, refers to a witness' credibility, or to the reliability of the evidence, I take it, given the issue in that case, that he was referring to the witness' honesty, not to the witness' capacity to be accurate or not to be honestly mistaken.

For this interpretation I find support in Ritchie J.'s comments on the Federal Court of Appeal's decision in the case of *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206. In *Hernandez* the evidence was identification and what was then at issue was not the witness' honesty but the witness' accuracy. Ritchie J. said at pp. 1087-88:

I also differ from the learned Chief Justice of the Federal Court in that I consider there to be a clear

J'estime que lorsque le juge de première instance examine s'il doit imposer ou non un verdict à la fin de l'exposé du ministère public, son pouvoir discrétionnaire n'est pas limité aux seules affaires où la preuve est entièrement indirecte. Comme l'a dit le juge en chef Duff, il a aussi ce pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] «lorsque la preuve est de nature si douteuse qu'elle en est dangereuse». Dans l'affaire *L'État portoricain c. Hernandez* (précitée), il était dangereux de condamner l'accusé au vu d'une preuve aussi douteuse, provenant d'un témoin qui prétendait avoir fait certaines constatations que le juge estimait impossibles. En l'espèce, la preuve est dangereuse et douteuse parce que le témoin avait évidemment déposé dans l'espoir d'obtenir une récompense qu'on lui avait promise avec force détails. Je reprends ce que disait le juge Thurlow dans l'arrêt *Hernandez*, «Je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue . . . ».

À première vue, la mention sans réserve par le juge Ritchie de la «crédibilité du témoin» et du «caractère douteux de la preuve» peut étayer la proposition selon laquelle la valeur à accorder à la déposition d'un témoin relève exclusivement du jury. Mais cette interprétation ne résiste pas à une analyse plus serrée de ses motifs dans l'arrêt *Shephard*.

La valeur probante de la déposition d'un témoin ou le poids à lui accorder résulte de l'appréciation (1) de la sincérité et de la bonne foi du témoin et (2) de la capacité du témoin d'être précis. Lorsque le juge Ritchie parle dans l'arrêt *Shephard* de la crédibilité d'un témoin ou de la fiabilité de la preuve, il vaut parler selon moi, compte tenu de la question en litige dans cette affaire, de la sincérité du témoin et non pas de la capacité du témoin d'être précis ou de ne pas se tromper de bonne foi.

En donnant cette interprétation, je m'appuie sur les observations que formule le juge Ritchie au sujet de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206. Dans l'affaire *Hernandez*, il s'agissait d'une preuve d'identification et ce qui était alors en cause ce n'était pas la sincérité du témoin mais sa précision. Le juge Ritchie affirme aux pp. 1087 et 1088:

Je diffère aussi d'opinion avec le savant juge en chef de la Cour fédérale en ce que j'estime qu'il existe une

distinction in principle between this case and that of *Hernandez*. In the latter case Mr. Justice Thurlow characterized the evidence which the extradition judge had found to be insufficient to justify the issuing of a warrant for extradition, in the following paragraph:

After having read and re-read the evidence of the witnesses, Atilano and Ortiz and after hearing the very able argument of counsel for the Commonwealth of Puerto Rico I am not persuaded that the evidence was reasonably sufficient to warrant putting the respondent on trial. Indeed, I find it inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence as a purported identification made a year after the event by a person who did not previously know the accused and whose only opportunity to observe him was a fleeting one from a distance of some sixty feet, if indeed he ever got that close. The evidence of the witness having selected the respondent's identification card is not in itself evidence implicating the respondent, and in the circumstances as described it tends to weaken rather than strengthen the identification made by Atilano at the hearing . . . Nor was there anything else to implicate the respondent or corroborate such identification.

It thus appears to me clear that in that case it was held that there was not enough evidence to support a *prima facie* case against the accused and in fact that it was 'inconceivable that a person should be put on trial on such flimsy evidence'. It was upon this ground that the extradition judge in that case based his opinion as to insufficiency.

Ritchie J. thus distinguishes *Shephard* from *Hernandez* by specifically referring to the witness' capacity to be accurate.

When commenting on *Comba*, Ritchie J. said at pp. 1081-82:

It is to be observed that there was no suggestion in the *Comba* case that any of the evidence called by the Crown was either tainted or unreliable. It came from witnesses whose integrity was at no time put in question and who testified as to a variety of circumstances which had excited enough suspicion against the accused to occasion his arrest and trial but which taken together did not establish his guilt in accordance with the accepted standards of proof in such cases which are described by Duff C.J. in the following passage:

It is admitted by the Crown, as the fact is, that the verdict rests solely upon a basis of circumstantial evidence. In such cases, by the long settled rule of the

nette distinction de principe entre l'affaire *Hernandez* et celle qui nous intéresse. Dans la première, le juge Thurlow a décrit dans le passage suivant la preuve que le juge d'extradition avait jugé insuffisante pour justifier la délivrance d'un mandat d'extradition:

Après plusieurs examens des témoignages d'Atilano et d'Ortiz et après avoir entendu l'excellente plaidoirie de l'avocat de l'État de Porto Rico, je ne suis pas convaincu que la preuve suffisait raisonnablement à justifier la mise en accusation de l'intimé. De plus, je trouve inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue que cette prétendue identification qui a eu lieu un an après l'événement et qui a été effectuée par une personne qui ne connaissait pas l'accusé auparavant et qui, de plus, n'a eu l'occasion de le voir qu'au moment où il s'enfuyait et ce, à une distance d'à peu près soixante pieds. Que le témoin ait choisi la carte d'identité de l'intimé ne prouve pas en soi que l'intimé était mêlé à l'affaire. Je dirais même que, vu les circonstances telles que décrites, cet élément tend à affaiblir plus qu'à renforcer la force probante de l'identification faite à l'audience par Atilano . . . Aucune autre preuve n'a été présentée tendant à impliquer l'intimé ou à corroborer cette identification.

Il me semble donc évident que, dans cette affaire, on a jugé que la preuve ne suffisait pas à étayer une présomption contre l'inculpé et, en fait, qu'il était «inconcevable qu'une personne puisse être mise en accusation au vu d'une preuve aussi ténue». C'est sur ce moyen que le juge d'extradition s'est fondé dans ce cas pour conclure à l'insuffisance de la preuve.

Le juge Ritchie établit donc une distinction entre les arrêts *Shephard* et *Hernandez* en mentionnant précisément la capacité du témoin d'être précis.

À propos de l'affaire *Comba*, le juge Ritchie affirme aux pp. 1081 et 1082:

Soulignons que dans l'affaire *Comba*, on n'a pas prétendu que la preuve soumise par le ministère public était viciée ou douteuse. L'intégrité des témoins n'a jamais été mise en doute; ils ont déposé sur divers faits qui faisaient peser suffisamment de soupçons sur l'accusé pour justifier son arrestation et son procès, mais qui, pris globalement, n'établissaient pas sa culpabilité conformément aux critères reconnus en matière de preuve dans les cas que le juge en chef Duff décrit dans l'extrait suivant:

[TRADUCTION] Le ministère public admet qu'en fait, le verdict repose uniquement sur une preuve indirecte. Dans de tels cas, conformément à la règle

common law, which is the rule of law in Canada, the jury, before finding a prisoner guilty upon such evidence, must be satisfied not only that the circumstances are consistent with a conclusion that the criminal act was committed by the accused, but also that the facts are such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person.

(Emphasis added.)

Here again Ritchie J. focuses on the distinction between accuracy and honesty, this time by highlighting in the *Comba* test the fact that the honesty of the witnesses, their "integrity", to use his words, was not in issue and therefore was not being weighed by the judge.

The distinction between a witness' truthfulness and a witness' accuracy has sometimes been made by referring to the former as the witness' *credibility*, and to the latter as the *quality* of the witness' testimony. (See amongst others, *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.); *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.); *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241 (Ont. C.A.); *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22 (Alta. C.A.); *R. v. Atfield* (1983), 42 A.R. 294 (C.A.))

My reading of the majority reasons in *Shephard* is that when assessing the sufficiency of the evidence, that is when determining whether "there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty", the judge cannot assess the witness' honesty but may assess the witness' capacity to be accurate and his or her resulting reliability. If I am wrong in reading that distinction in Ritchie J.'s reasons, then I propose that this Court find that to be the proper test. This is not a proper case for reconsidering *Shephard* with a view to adopting the views of the minority; we have not been invited to do so, nor do the issues in this case raise the matter squarely.

"Quality" of evidence is truly the realm of the trial judge. I could not put matters better than by quoting in support of this proposition what Lord

de *common law* établie depuis longtemps, qui est le principe en vigueur au Canada, le jury, avant de conclure à la culpabilité d'un prisonnier sur la foi d'une preuve indirecte, doit être convaincu non seulement que les faits sont compatibles avec la culpabilité de l'inculpé, mais encore que toute autre conclusion serait illogique.

(C'est moi qui souligne.)

Ici aussi, le juge Ritchie insiste sur la distinction entre la précision et la sincérité, cette fois en soulignant que, dans le critère de l'arrêt *Comba*, la sincérité des témoins, leur «intégrité» pour reprendre ses propres termes, n'était pas en cause et n'a donc pas été appréciée par le juge.

On a parfois établi une distinction entre la sincérité du témoin et la précision qu'il démontre en appelant la première la *crédibilité* du témoin et la seconde la *qualité* de sa déposition. (Voir notamment *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.); *R. v. Sutton*, [1970] 2 O.R. 358 (C.A.); *R. v. Spatola*, [1970] 4 C.C.C. 241 (C.A. Ont.); *R. v. Duhamel*, [1981] 1 W.W.R. 22 (C.A. Alb.); *R. v. Atfield* (1983), 42 A.R. 294 (C.A.))

Selon mon interprétation des motifs de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Shephard*, lorsqu'il évalue le caractère suffisant de la preuve, c'est-à-dire lorsqu'il détermine s'il «existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité», le juge peut apprécier non pas la sincérité du témoin, mais sa capacité d'être précis et la fiabilité qui en résulte. Si j'ai tort de voir cette distinction dans les motifs du juge Ritchie, je propose alors que cette Cour conclue qu'il s'agit là du critère applicable. Il n'est pas opportun en l'espèce de réexaminer l'arrêt *Shephard* dans le but d'adopter l'avis de la minorité; on ne nous a pas invité à le faire et les questions en litige en l'espèce ne posent pas le problème directement.

La «qualité» de la preuve relève véritablement du juge du procès. Je ne puis mieux exposer la question qu'en citant, pour étayer cette proposi-

Devlin said in *Trial by Jury* (1966), at pp. 62-63, speaking of the trial judge's function:

... if he is not satisfied that there is evidence on which reasonable men could act, he must not let the case go to the jury. Again, so stated, the rule might seem to be a commonplace. If there is not evidence upon which reasonable men could act, it must be immaterial whether the case is left to the jury or not since their verdict could only be negative. So the rule would be otiose were it not for the fact that judges and juries can take a different view of what reasonable men should think. When there is such a difference, it is not, as might be supposed, the view of the jury who *ex officio* are the reasonable men that prevails, but the view of the judge. This understood, the rule can be restated in its true terms: the verdict cannot be supported unless a reasonable lawyer thinks that there is evidence upon which reasonable men could act. There can be no doubt about the difference between the reasonable lawyer and the reasonable man. When twelve men unanimously return a certain verdict, they must believe that there is evidence to support it. When the judge rejects their verdict, he is not really telling them that not a single one among them is a reasonable man. What he is telling them is that there is a certain minimum of evidence which the law requires and that as a trained lawyer he is a better judge than they are of what that minimum should be. What the minimum should be is not a question of law but a question for lawyers.

(Emphasis added.)

When applied to circumstantial evidence this would mean that the question as to whether and to what extent the evidence is dubious will be determined assuming the witnesses are being truthful. The question would be: "Would it be unsafe to convict?" This would involve, given the particular nature of circumstantial evidence, asking whether innocence can be logically and reasonably excluded. Morris J. Fish, in "Committal for Trial: 'Some' Evidence is *Not* 'Sufficient'" (1979), 39 *R. du B.* 607, at p. 618, suggests the following test, which I would adopt:

tion, ce que lord Devlin dit dans *Trial by Jury* (1966), aux pp. 62 et 63, à propos du rôle du juge du procès:

[TRADUCTION] ... s'il n'est pas convaincu qu'il y a des éléments de preuve sur lesquels des personnes raisonnables pourraient se fonder pour agir, il ne doit pas soumettre l'affaire au jury. Encore là, ainsi énoncée, la règle peut sembler banale. S'il n'y a pas d'éléments de preuve sur lesquels des personnes raisonnables pourraient se fonder pour agir, il importe peu que l'affaire soit laissée au jury ou non puisque leur verdict ne peut être que négatif. La règle serait donc inutile si ce n'était du fait que les juges et les jurys peuvent avoir des opinions divergentes quant à ce que des personnes raisonnables devraient penser. Lorsqu'il y a une telle divergence, ce n'est pas, comme on pourrait le supposer, l'opinion des jurés, qui sont d'office les personnes raisonnables, qui prévaut, mais l'opinion du juge. Cela étant compris, on peut reformuler la règle selon sa définition véritable: le verdict ne peut être justifié à moins qu'un avocat raisonnable n'estime qu'il y a des éléments de preuve sur lesquels des personnes raisonnables pourraient se fonder pour agir. Il ne peut y avoir de doute à propos de la différence entre un avocat raisonnable et une personne raisonnable. Lorsque douze personnes prononcent à l'unanimité un certain verdict, ils doivent croire qu'il y a des éléments de preuve pour l'étayer. Lorsque le juge refuse leur verdict, il ne leur dit pas vraiment qu'il n'y en a pas un seul parmi eux qui soit une personne raisonnable. Ce qu'il leur dit en réalité c'est que la loi exige une certaine preuve minimale et qu'à cause de sa formation d'avocat il est mieux placé qu'eux pour juger ce que doit être ce minimum. Ce que doit être ce minimum n'est pas une question de droit mais une question qui relève des avocats.

(C'est moi qui souligne.)

Si l'on applique cela à la preuve indirecte, il en résulte que, pour déterminer si la preuve est douteuse et dans quelle mesure elle l'est, il faut supposer que les témoins sont sincères. La question serait donc la suivante: «Serait-il dangereux de prononcer un verdict de culpabilité?» Cela requiert, à cause de la nature particulière de la preuve indirecte, qu'on se demande si on peut logiquement et raisonnablement écarter la non-culpabilité. Dans l'article intitulé «Committal for Trial: 'Some' Evidence is *Not* 'Sufficient'» (1979), 39 *R. du B.* 607, à la p. 618, Morris J. Fish propose le critère suivant que je suis d'avis d'adopter:

If guilt and innocence are equally consistent with the facts, there is *no* evidence. If guilt is more probable than innocence, there is *some* evidence, but unless innocence can be *logically* and *reasonably* excluded, the evidence is *insufficient* and the case should end with a discharge, non-suit or directed verdict. Finally, if innocence can be logically and reasonably excluded, the evidence is *sufficient* and may be considered by the trier of fact. Conviction will not automatically ensue. The trier of fact, it need hardly be repeated, will only convict if 'convinced *beyond a reasonable doubt* that the guilt of the accused is the only reasonable explanation of the facts established by the evidence'.

It has somewhere been said that semantics teaches us to take our exercise in other ways than by jumping to conclusions. In this vein, there is a purpose to the foregoing discussion. A justice or judge should not jump to the conclusion that there is evidence for a jury to consider whenever the facts are consistent with guilt. He is bound to consider whether guilt *can* (not, of course, *will*) properly and reasonably be inferred from the evidence. And he must bear in mind that reasonableness is a question for him, not the jury: . . .

When applied to testimonial evidence this approach involves an assessment by the judge of the circumstances under which the witness purports to be, not truthful (as in *Shephard*), but accurate (as in *Hernandez* and in this case). The reliability of the witness' accuracy may be undermined by the circumstances under which the witness was called upon to register what he later on relates in the belief that it was and still is accurate. This might be, when considering the accuracy of identification testimony, the fact that the witness had only "a fleeting glance", or had a "longer observation" but one "made in difficult circumstances"; or again the result of improper police identification proceedings that would tend to induce the witness into mistakingly identifying someone.

A final observation. The only difference in my view between the majority and the minority in *Shephard* is whether the judge can assess the

[TRADUCTION] Si la culpabilité et la non-culpabilité sont également compatibles avec les faits, il n'y a *pas* de preuve. Si la culpabilité est plus probable que la non-culpabilité, il y a *certain*s éléments de preuve, mais à moins de pouvoir *logiquement* et *raisonnablement* écarter la non-culpabilité, la preuve est *insuffisante* et la cause doit se terminer par un acquittement, un non-lieu ou un verdict imposé. Enfin, s'il est *possible* d'écarter de façon logique et raisonnable la non-culpabilité, la preuve est *suffisante* et peut être examinée par le juge des faits. Il ne s'ensuivra pas nécessairement une déclaration de culpabilité. Le juge des faits, faut-il le rappeler, ne prononcera un verdict de culpabilité que s'il est «convaincu *hors de tout doute raisonnable* que la culpabilité de l'accusé est la seule explication raisonnable des faits établis en preuve».

On a dit quelque part que la sémantique nous enseigne qu'il ne faut pas sauter aux conclusions. Dans cette veine, l'analyse qui précède a un but. Un juge ou un juge de paix ne doit pas sauter à la conclusion qu'il y a des éléments de preuve à soumettre au jury chaque fois que les faits sont compatibles avec la culpabilité de l'accusé. Il est tenu de se demander si, compte tenu de la preuve, on *peut* légitimement et raisonnablement conclure à la culpabilité (et non pas, bien entendu, si on le *fera*). Et il doit se rappeler que le caractère raisonnable est une question qui relève de lui et non du jury: . . .

L'application de ce critère à une preuve testimoniale comporte une appréciation par le juge des circonstances dans lesquelles le témoin est apparemment non pas sincère (comme dans l'arrêt *Shephard*), mais précis (comme dans l'arrêt *Hernandez* et en l'espèce). La fiabilité de la précision du témoin peut être minée par les circonstances dans lesquelles le témoin a retenu ce que, plus tard, il relate avec la conviction d'avoir été et d'être encore précis. Lorsqu'il s'agit d'examiner la précision d'un témoignage d'identification, cela pourrait peut-être s'expliquer par le fait que le témoin n'a pu avoir qu'«une vision momentanée» ou a pu faire «une observation plus longue», mais «dans des circonstances difficiles»; ou encore ce pourrait être le résultat de procédures d'identification irrégulières de la part des policiers, procédures qui tendent à amener le témoin à identifier quelqu'un à tort.

Enfin une dernière observation. À mon avis, le seul point sur lequel diffèrent l'avis de la majorité et celui de la minorité dans l'arrêt *Shephard* a

truthfulness of witnesses when assessing whether there is sufficient evidence. With respect, I fail to see any essential difference between the test expressed in *Comba*, and that expressed by the majority in *Shephard*. The *Comba* formulation focuses on the nature of the evidence (dubious) and the resulting *unsafe* conviction, while the *Shephard* test focuses on the unreasonableness of the jury in founding a guilty verdict on the evidence of a given case. A reasonable jury that was properly instructed (the *Shephard* test), would never return a verdict of guilty "where the only evidence is of such dubious nature" that the verdict of guilty would be "unsafe" (the *Comba* test). I personally prefer the *Shephard* formulation of the test. It is expressed in terms that apply to all kinds of evidence while the *Comba* formulation more easily befits the kind of assessment one would make when considering circumstantial evidence. What really divided the Court in *Shephard* when assessing the quality of the evidence was the fact that the minority was of the view that the judge could, whatever the formulation of the test, consider the affiant's honesty while the majority found that he could not. Now to come back to this case.

The Trial Judge

It is the appellant's position that the trial judge in the case under appeal applied the test laid down by the majority in *Shephard* and that he did not, nor did he need to on the facts of this case (as would have been permissible under certain circumstances had the opinion of the minority in *Shephard* prevailed in any way), consider the witness' underlying credibility. He addressed the problem, says the appellant, by considering the *quality* of the identification evidence, not by weighing the witness' truthfulness.

The trial judge's decision to grant the motion for a directed verdict of acquittal rested on the finding that the identification evidence was of too poor a

trait à la question de savoir si le juge peut apprécier la sincérité des témoins pour décider s'il y a ou non suffisamment d'éléments de preuve. Avec égards, je ne vois pas de différence essentielle entre le critère formulé dans l'arrêt *Comba* et celui formulé par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Shephard*. La formulation du critère dans l'arrêt *Comba* insiste sur la nature de la preuve (douteuse) et sur le *danger* que comporte la déclaration de culpabilité qui en résulte, alors que le critère énoncé dans l'arrêt *Shephard* insiste sur le caractère déraisonnable du jury qui fonde un verdict de culpabilité sur la preuve soumise dans un cas précis. Le jury raisonnable qui a reçu des directives appropriées (le critère de l'arrêt *Shephard*) ne rendrait jamais un verdict de culpabilité «quand la seule preuve est de nature si douteuse» qu'il serait «dangereux» de conclure à la culpabilité (le critère de l'arrêt *Comba*). Personnellement je préfère la formulation du critère donnée dans l'arrêt *Shephard*. Il est énoncé dans des termes qui s'appliquent à tous les genres de preuve, alors que la formulation de l'arrêt *Comba* vise plus facilement le genre d'évaluation qu'on ferait en examinant une preuve indirecte. Ce qui a réellement départagé la Cour dans l'arrêt *Shephard* lorsqu'il s'est agi d'apprécier la qualité de la preuve, c'est le fait que la minorité a estimé que le juge pouvait, quelle que soit la formulation du critère, prendre en considération la sincérité du déposant alors que la majorité a conclu qu'il ne le pouvait pas. Revenons maintenant à la présente espèce.

Le juge du procès

L'appellant soutient que le juge du procès a, en l'espèce, appliqué le critère énoncé par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Shephard* et qu'il n'a pas, cela ne lui étant pas nécessaire compte tenu des faits de l'espèce, examiné la crédibilité du témoin (comme il aurait pu le faire dans certaines circonstances si l'opinion des juges formant la minorité dans l'arrêt *Shephard* avait prévalu de quelque façon). Il a abordé le problème, selon l'appellant, en examinant la *qualité* de la preuve d'identification, non en évaluant la sincérité du témoin.

La décision du juge du procès de faire droit à la requête en obtention d'un verdict imposé d'acquiescement est fondée sur la conclusion que la preuve

quality to be relied upon. This finding as regards the quality of that evidence is the resultant of two other findings of fact: the difficult conditions under which the victim made her observations as regards the identity of her aggressor and the improper police identification procedures. He assumed she was being truthful and withdrew the case because it was too dangerous to rest a conviction on her testimony, honest as it might well have been. This I conclude from a general reading of his reasons given in Court to the parties in the absence of the jury, and more particularly the following passage:

I am influenced significantly as to the law by the unanimous judgment of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Duhamel*, 1981, 1 W.W.R., 22 wherein Mr. Justice Harradence quotes approvingly and at length from the judgment of the Court of Appeal in England in *R. v. Turnbull*, 1976, 3 All England Reports, 549. In particular I refer to pages 28 and 29 of the Duhamel judgement wherein Mr. Justice Harradence sets out the principles expressed in *Turnbull* relative to the potential for miscarriage of justice based on visual identification. Towards the end of the statement of those principles the following declaration is made and I would say is made in no uncertain terms:

“When, in the judgment of the trial judge, the quality of the identifying evidence is poor, as for example when it depends solely on a fleeting glance or on a longer observation made in difficult conditions, the situation is very different. The judge should then withdraw the case from the jury and direct an acquittal unless there is other evidence which goes to support the correctness of that identification.”

I miss out a line which I do not think is relevant and continue:

“For example, X sees the accused snatch a woman’s handbag; he gets only a fleeting glance of the thief’s face as he runs off but he does see him entering a nearby house. Later he picks out the accused on an identity parade. If there was no more evidence than this, the poor quality of the identification would require the judge to withdraw the case from the jury;”

Assistance in determining the measurement of poor quality evidence as identified by the court in *Turnbull* can be found in the paragraph immediately preceding the portion that I have just quoted. This paragraph reads:

d’identification était de trop mauvaise qualité pour être fiable. Cette conclusion quant à la qualité de la preuve résulte de deux autres conclusions de fait: les conditions difficiles dans lesquelles la victime a fait les observations relatives à l’identité de son agresseur et les procédures d’identification irrégulières de la police. Il a présumé qu’elle était sincère, mais a dessaisi le jury parce qu’il était trop dangereux de fonder une déclaration de culpabilité sur son témoignage, tout aussi sincère qu’il avait bien pu être. J’arrive à cette conclusion à partir d’une interprétation générale de ses motifs donnés en cour aux parties, en l’absence du jury, et plus particulièrement du passage suivant:

[TRADUCTION] Je suis grandement influencé, quant à la règle applicable, par l’arrêt unanime de la Cour d’appel de l’Alberta *R. v. Duhamel*, 1981, 1 W.W.R. 22, dans lequel le juge Harradence cite abondamment, en les approuvant, les motifs de l’arrêt de la Cour d’appel d’Angleterre *R. v. Turnbull*, 1976, 3 All England Reports 549. Je parle plus précisément des pages 28 et 29 de l’arrêt *Duhamel* où le juge Harradence énonce les principes exprimés dans l’arrêt *Turnbull* relativement au danger d’erreur judiciaire découlant d’une identification visuelle. À la fin de l’énoncé de ces principes, on trouve la déclaration suivante qui, selon moi, est catégorique:

«Lorsque, de l’avis du juge du procès, la preuve d’identification est de mauvaise qualité, comme par exemple lorsqu’elle dépend uniquement d’une vision momentanée ou d’une observation plus longue faite dans des conditions difficiles, la situation est très différente. Le juge devrait alors dessaisir le jury et ordonner l’acquittement à moins qu’il n’y ait d’autres éléments de preuve qui étayent la justesse de cette identification.»

Je saute une phrase qui ne me paraît pas pertinente et je continue:

«Par exemple, si quelqu’un voit le prévenu s’emparer du sac à main d’une femme; il n’a qu’une vision momentanée du visage du voleur pendant que celui-ci s’enfuit, mais il le voit entrer dans une maison voisine. Plus tard, il désigne l’accusé lors d’une séance d’identification. S’il n’y avait pas d’autre preuve que celle-là, la piètre qualité de l’identification exigerait que le juge dessaisisse le jury;»

L’alinéa qui précède immédiatement le passage que je viens tout juste de citer permet de comprendre de quelle piètre qualité de la preuve parle la cour dans l’arrêt *Turnbull*. Cet alinéa se lit ainsi:

“All these matters go to the quality of the identification evidence. If the quality is good and remains good at the close of the accused’s case, the danger of a mistaken identification is lessened: but the poorer the quality, the greater the danger. In our judgment, when the quality is good, as for example when the identification is made after a long period of observation, or in satisfactory conditions by a relative, a neighbour, a close friend, a workmate and the like, the jury can safely be left to assess the value of the identifying evidence even though there is no other evidence to support it; provided always, however, that an adequate warning has been given about the special need for caution. Were the courts to adjudge otherwise, affronts to justice would frequently occur.”

(Emphasis added.)

It is clear from this passage that the judge was addressing his mind to an assessment of the *quality* of the identification evidence. With “quality” in mind, he then considered the circumstances of the observation and the police identification procedures. As regards the conditions under which the observations were made, he said:

Now, it appears to me that it follows from this statement that where the evidence of identification is dependent solely on a witness who had no previous knowledge of an accused person and whose opportunity for observation has been in difficult circumstances, that evidence, in the view of the English Court of Appeal, cannot be safely left with the jury.

In the present case I am satisfied there is no evidence going to the correctness of the identification other than that emanating from the complainant. The complainant had only a very limited and restrictive opportunity to observe her assailant. Although she may have been in his presence for as long as 20 minutes, the circumstances were such that her observations of the assailant were made in very difficult conditions. The place where she was first apprehended provided minimum lighting and the place behind the CNR shed where the attack proceeded and where it is evident most of the 20 minutes, if it was that, was spent, was very dark indeed. The complainant’s description of her assailant, although matching the accused in many respects, is, nevertheless, one that could match any number of persons and contains no special identifying characteristics. I have concluded that these facts fall squarely within the directions in *Turnbull*, approved by the Alberta Court of Appeal, and even where there has been a proper or adequate

«Toutes ces choses ont un effet sur la qualité de la preuve d’identification. Si cette qualité est bonne et demeure jusqu’à la fin de la présentation de la preuve de l’accusé, le danger d’erreur d’identification est réduit; mais plus la preuve est de piètre qualité plus grand est le danger. À notre avis, lorsque la qualité est bonne, comme par exemple, lorsque l’identification a été faite après une longue période d’observation ou dans des conditions satisfaisantes par un parent, un voisin, un ami intime, un compagnon de travail et ainsi de suite, on peut sans contredit laisser au jury le soin d’apprécier la preuve d’identité même s’il n’y a pas d’autre élément de preuve pour l’étayer, mais toujours pourvu qu’il ait été averti de la nécessité particulière d’agir avec prudence. Si les tribunaux devaient décider autrement, il en résulterait souvent des dénis de justice.»

(C’est moi qui souligne.)

Il est manifeste d’après ce passage que le juge s’est concentré sur l’appréciation de la *qualité* de la preuve d’identification. Ayant la «qualité» à l’esprit, il a examiné les circonstances de l’observation et les procédures d’identification utilisées par la police. Quant aux conditions dans lesquelles l’observation a été faite, il dit:

[TRADUCTION] Or, il me paraît découler de cet énoncé que, si la preuve d’identification dépend d’un seul témoin qui ne connaissait pas déjà l’accusé et qui a eu la possibilité de l’observer dans des circonstances difficiles, la Cour d’appel d’Angleterre est d’avis qu’on ne peut en toute sécurité laisser cette preuve à l’appréciation du jury.

En l’espèce, je suis convaincu que les éléments de preuve fournis par la plaignante sont les seuls qui étayaient la justesse de l’identification. La plaignante a eu une possibilité très limitée d’observer son assaillant. Bien qu’il ait été en sa présence pendant peut-être 20 minutes, les circonstances étaient telles qu’elle n’a pu l’observer que dans des conditions très difficiles. L’endroit où elle a d’abord été interceptée était très peu éclairé et l’endroit où l’attaque s’est déroulée derrière le hangar du CN, pendant de toute évidence la majeure partie des 20 minutes qu’elle a duré, en supposant que ce fut le cas, était vraiment très sombre. Bien que la description que la plaignante a donnée de son assaillant corresponde à plusieurs égards à l’accusé, elle pourrait néanmoins s’appliquer à un grand nombre de personnes et ne comporte aucune caractéristique spéciale d’identification. J’ai conclu que ces faits tombent exactement sous le coup des directives de l’arrêt *Turnbull*, approuvées par la Cour d’appel de l’Alberta, et que même s’il y avait eu

identity parade, require that the case be taken from the jury.

As regards the police procedure, Wright J. said:

In the present case there is the additional factor that I do not believe the procedure followed by the police in the subsequent identification of the accused by the complainant at the police station was proper and that fact has further damaged the complainant's identification evidence.

(Emphasis added.)

He reviewed the authorities on point, made reference to *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185 (C.A.), and read out the following passage in *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175 (Ont. C.A.) at p. 177, to which the court in *Faryna* referred:

... of the utmost importance, is the method used to recall or refresh the recollections of a witness who is to be relied upon to identify a person suspected of wrongdoing or who is under arrest. If a witness has no previous knowledge of the accused person so as to make him familiar with that person's appearance, the greatest care ought to be used to ensure the absolute independence and freedom of judgment of the witness. His recognition ought to proceed without suggestion, assistance or bias created directly or indirectly. Conversely, if the means employed to obtain evidence of identification involve any acts which might reasonably prejudice the accused, the value of the evidence may be partially or wholly destroyed. Anything which tends to convey to a witness that a person is suspected by the authorities, or is charged with an offence, is obviously prejudicial and wrongful. Submitting a prisoner alone for scrutiny after arrest is unfair and unjust.

(Emphasis added.)

Wright J. then concluded on this latter point as follows:

So it is clear I think from the comments that I have made, the observations I have expressed, that I am unable to find that the identification procedure followed reasonably meets the standards expressed in the law that the Manitoba Court of Appeal has approved. So this then becomes an added reason for concluding, as I have, that the motion of the defence should be accepted in

une séance d'identification régulière ou suffisante, il fallait dessaisir le jury.

Pour ce qui est de la procédure utilisée par la police, le juge Wright dit:

[TRADUCTION] En l'espèce, il y a le fait supplémentaire que je ne crois pas que la procédure suivie par la police pour l'identification subséquente de l'accusé par la plaignante au poste de police a été régulière, ce qui affaiblit davantage la preuve d'identification fournie par la plaignante.

(C'est moi qui souligne.)

Il a examiné la jurisprudence applicable, mentionné l'arrêt *R. v. Faryna* (1982), 18 Man. R. (2d) 185 (C.A.), et cité le passage suivant de l'arrêt *R. v. Smierciak* (1946), 87 C.C.C. 175 (C.A. Ont.), à la p. 177, auquel renvoie la cour qui a entendu l'affaire *Faryna*:

[TRADUCTION] ... ce qui a une extrême importance c'est la méthode utilisée pour rafraîchir la mémoire du témoin sur lequel repose l'identification d'une personne soupçonnée d'une infraction ou mise en état d'arrestation. Si le témoin ne connaissait pas déjà l'accusé de manière à pouvoir en reconnaître les traits, il faut prendre le plus grand soin d'assurer l'indépendance et la liberté absolues de jugement du témoin. L'identification qu'il effectue doit se faire sans aide, ni suggestion, ni préjugé créé directement ou indirectement. Par contre, si les moyens utilisés pour obtenir la preuve d'identification comportent des actes qui pourraient raisonnablement causer un préjudice à l'accusé, la valeur de la preuve peut s'en trouver partiellement ou totalement détruite. Tout ce qui tend à donner à penser au témoin que la personne est soupçonnée par les autorités ou accusée d'une infraction cause manifestement un préjudice et est répréhensible. Soumettre un détenu seul à la vue du témoin après son arrestation est injuste et inéquitable.

(C'est moi qui souligne.)

Puis le juge Wright conclut ainsi sur ce dernier point:

[TRADUCTION] Donc il est clair, je crois, d'après les commentaires que j'ai faits et les observations que j'ai formulées, que je ne puis conclure que la procédure d'identification utilisée satisfait raisonnablement aux critères exprimés dans la règle approuvée par la Cour d'appel du Manitoba. C'est une raison de plus pour conclure, comme je l'ai fait, qu'il faut faire droit à la

favour of a directed verdict of acquittal and that is what I now propose to do. So we will call the jury in.

(Emphasis added.)

When the jury returned, Wright J. gave them only a summary of the law in support of his reasons for his decision, as is apparent from his first remarks to them:

I am going to read you a small portion of the law that is applicable in order that you will understand what is taking place. The law, you will recall, I am the one who decides as to its correctness or not and which I am applying at this time is as follows:

“When in the judgment of the trial judge the quality of the identifying evidence is poor as, for example, when it depends solely on a fleeting glance or on a longer observation made in difficult conditions, the judge should then withdraw the case from the jury and direct an acquittal unless there is other evidence which goes to support the correctness of the identification.”

That statement of the law is made in the context of the issue of identification. And as you all know that really is the issue that we have narrowed this case down to.

I have reviewed the evidence carefully that has been introduced by the Crown and you have heard the Crown indicate that the Crown’s evidence was complete earlier. I have concluded as a matter of law that the circumstances are such as to fall squarely within the framework of that statement that I just quoted to you. That means that at this point I have to withdraw the case from you and direct this verdict of acquittal.

(Emphasis added.)

I mention the difference between his remarks to the jury and his reasons given previously in their absence, because the former appear, when read out of context, to be elevating the “fleeting glance” or “difficult conditions” situations to the level of a test, whilst they are but relevant factual elements upon which a conclusion as regards the quality of the evidence will be based.

The Court of Appeal

In his dissenting reasons Matas J.A. agreed with the trial judge and would have directed a verdict of acquittal. He did express some concern as regards

requête de la défense en obtention d’un verdict imposé d’acquiescement et c’est ce que je me propose de faire maintenant. Nous allons donc rappeler le jury.

a (C’est moi qui souligne.)

b Lorsque le jury est revenu, le juge Wright lui a fait seulement un résumé du droit à l’appui des motifs de sa décision, comme il ressort des premières observations qu’il lui a faites:

c [TRADUCTION] Je vais vous exposer une petite partie du droit applicable pour vous permettre de comprendre ce qui se passe. Vous vous souviendrez, qu’il m’appartient de statuer sur le droit applicable et la règle de droit que j’applique maintenant est la suivante:

d «Lorsque de l’avis du juge du procès, la preuve d’identification est de mauvaise qualité, comme par exemple lorsqu’elle dépend uniquement d’une vision momentanée ou d’une observation plus longue faite dans des conditions difficiles, le juge devrait alors dessaisir le jury et ordonner l’acquiescement à moins qu’il n’y ait d’autres éléments de preuve qui étayent la justesse de cette identification.»

e Cet énoncé du droit vise la question de l’identification. Et comme vous le savez tous c’est vraiment là la question à laquelle l’espèce se résume.

f J’ai soigneusement examiné la preuve soumise par la poursuite et vous avez entendu la poursuite dire que sa preuve était terminée. J’ai conclu que, sur le plan du droit, les circonstances sont telles qu’elles correspondent exactement à la situation de l’énoncé que je viens tout juste de vous citer. Cela signifie qu’à cet instant précis je dois vous dessaisir de l’affaire et imposer un verdict d’acquiescement.

(C’est moi qui souligne.)

h Je mentionne la différence entre les observations faites par le juge aux jurés et les motifs qu’il avait donnés plus tôt en leur absence parce que les premières, lues hors contexte, semblent élever la «vision momentanée» ou les «conditions difficiles» au rang de critère alors qu’elles ne sont que des éléments de fait pertinents sur lesquels sera fondée une conclusion quant à la qualité de la preuve.

La Cour d’appel

j Dans ses motifs de dissidence, le juge Matas a partagé l’avis du juge du procès et aurait imposé un verdict d’acquiescement. Il a exprimé une cer-

a possible misconstruction by the trial judge of the applicable test at pp. 282-83:

In my respectful opinion, Wright J. takes the applicable principles expressed in *Turnbull* too far if he meant to say that a judge should take a case from a jury whenever identification of an accused is dependent solely on an identifying witness who has no previous knowledge of the accused and whose opportunity for observation has been in difficult circumstances. Many crimes of violence, for example, rape or robbery, are committed in the absence of a witness other than the victim and in the absence of independent corroborating evidence. And it would be rare if the circumstances of the offence would not be difficult. Depending on the circumstances of the case, it may be that the only just course would be to direct a verdict of acquittal, as I think it was here. But the decision to direct a verdict of acquittal must depend on the circumstances of the case.

(Emphasis added.)

Of course he is right, given the hypothesis he postulates. The majority shared this concern. But the essence of their decision was different and is found at p. 277 where Hall J.A., writing for himself and Monnin C.J., stated that the error of law committed by the trial judge was the misapplication of the proper test to the facts of the case.

It is very easy to attribute to evidence the quality of being dubious, and therefore a view to that effect should be arrived at with restraint and not lightly if we are to have due regard for the process of trial by jury. In my view, the evidence of identification in the present case was sufficient for the jury to have passed on it after proper directions and instructions by the presiding judge. In that respect, the error of law of the trial judge was not so much in adopting the wrong test but in misapplying the test in *Turnbull*, *supra*, to the facts of the case. The preferable language to employ is that set out in *Comba*, *supra*, and adopted in *Duhamel*, *supra*.

It appears to me, when reading all of Wright J.'s reasons, that he applied the proper test, found the quality of the evidence such that it would be unsafe to rest a conviction upon it, and directed a verdict of acquittal. The manner in which he referred to "the fleeting glance" and "difficult

taine crainte quant à la possibilité que le juge du procès ait mal interprété le critère applicable (aux pp. 282 et 283):

[TRADUCTION] À mon avis, le juge Wright a poussé trop loin les principes applicables mentionnés dans l'arrêt *Turnbull* s'il a voulu dire qu'un juge doit dessaisir le jury chaque fois que l'identification de l'accusé dépend uniquement d'un témoin qui ne connaissait pas déjà l'accusé et qui a eu la possibilité d'observer l'accusé dans des circonstances difficiles. Plusieurs crimes violents, comme par exemple le viol ou le vol qualifié, sont commis en l'absence de tout autre témoin que la victime et sans possibilité de preuve corroborante indépendante. De plus, il est rare que les circonstances d'une infraction ne soient pas difficiles. Selon les circonstances de l'affaire, il se peut que le seul parti juste qui s'offre consiste à imposer un verdict d'acquiescement, comme à mon avis c'est le cas en l'espèce. La décision d'imposer un verdict d'acquiescement doit cependant dépendre des circonstances de l'affaire.

(C'est moi qui souligne.)

Évidemment il a raison compte tenu de l'hypothèse qu'il formule. Les juges formant la majorité ont partagé la même crainte. Mais leur décision est fondamentalement différente et on en trouve l'essentiel à la p. 277 où le juge Hall, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge en chef Monnin, affirme que l'erreur de droit commise par le juge du procès a consisté à mal appliquer le bon critère aux faits de l'espèce.

[TRADUCTION] Il est très facile de dire que la preuve est de qualité douteuse et que, par conséquent, il ne faut arriver à cette conclusion qu'avec retenue et non à la légère, si l'on veut respecter le processus du procès par jury. À mon avis, la preuve d'identification en l'espèce était suffisante pour que le juge du procès la soumette au jury après lui avoir donné les directives appropriées. À cet égard, l'erreur de droit commise par le juge du procès a consisté non pas tellement à adopter le mauvais critère, mais à mal appliquer aux faits de l'espèce le critère énoncé dans l'arrêt *Turnbull*, précité. Il vaut mieux utiliser la formulation employée dans l'arrêt *Comba*, précité, et suivie dans l'arrêt *Duhamel*, précité.

Il me semble, à la lecture de l'ensemble des motifs du juge Wright, qu'il a appliqué le critère approprié, qu'il a conclu que la preuve était de si mauvaise qualité qu'il aurait été dangereux de fonder une déclaration de culpabilité sur celle-ci et qu'il a imposé un verdict d'acquiescement. La façon

conditions” situations offers some footing for the conclusion that he turned the examples into a test. But the context in which these references were made was one where he specifically referred in general terms to the “quality” of the identification as being the purpose of the scrutiny. Added to that is the fact that it is obviously the “quality test” that was on his mind when he addressed the question whether the improper police procedure had “partially or wholly destroyed” the “value of the evidence”. The majority of the Court of Appeal found that it would not have been unsafe to convict, while Matas J.A. shared the trial judge’s view that it would. This did not in my view raise a question of law alone in the Court of Appeal, and the Crown’s appeal should have been dismissed.

I would therefore allow this appeal and restore the acquittal.

Appeal dismissed, LAMER and LA FOREST JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield & Wyant, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Winnipeg.

dont il parle de la «vision momentanée» et des «conditions difficiles» peut jusqu’à un certain point permettre de conclure qu’il a pris ces exemples pour des critères. Mais le contexte dans lequel il parle de ces exemples vise précisément en termes généraux la «qualité» de l’identification comme le but de l’examen. De plus, il ressort qu’il avait manifestement à l’idée le «critère de la qualité» lorsqu’il s’est demandé si, par suite de la procédure irrégulière utilisée par la police, «la valeur de la preuve» avait été «partiellement ou totalement détruite». La Cour d’appel a conclu, à la majorité, qu’il n’aurait pas été dangereux de prononcer la culpabilité, alors que le juge Matas a partagé l’avis du juge du procès qu’il aurait été dangereux de le faire. Cela n’a pas, à mon avis, soulevé une question de droit seulement en Cour d’appel et l’appel du ministère public aurait dû être rejeté.

^d Je suis en conséquence d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’acquittalment.

Pourvoi rejeté, les juges LAMER et LA FOREST sont dissidents.

^e *Procureurs de l’appellant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield & Wyant, Winnipeg.*

Procureur de l’intimée: Le ministère du Procureur général, Winnipeg.

James Henry Mills *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 17818.

*1984: June 6, 7.

*Present: Dickson C.J. and Ritchie, Beetz, Estey, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

**Re-hearing: 1985: October 9; 1986: June 26.

**Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Courts of competent jurisdiction to grant remedy under s. 24(1) of the Charter — Accused alleging at his preliminary inquiry a violation of his Charter right to be tried within reasonable time — Preliminary inquiry judge not a court of competent jurisdiction — Procedure to be followed in seeking a remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24.

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Whether accused's right to be tried within reasonable delay denied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

The accused was charged with robbery in March 1977 and arrested in October 1979. At his preliminary inquiry held on May 18, 1982, one month after the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the accused made a motion to stay the proceedings alleging, among other things, denial of his right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter*. Of the 19 month delay complained of, the Crown acknowledged that 10 months was due to its negligent inaction. It was found at the preliminary inquiry that, although a preliminary hearing judge is a court of competent jurisdiction to consider an alleged s. 11(b) violation under s. 24 of the *Charter*, s. 24 did not apply in this case because it had only a prospective effect. The accused unsuccessfully sought an application for prohibition and *certiorari*, to prohibit further proceedings on the charge and to quash the ruling, and an application for a remedy under s. 24 of the *Charter* in the Ontario Supreme Court. The motions court judge held that a preliminary hearing judge was a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24 but concluded on the merits that there had been no violation

James Henry Mills *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° du greffe: 17818.

*1984: 6, 7 juin.

*Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie, Beetz, Estey, Chouinard, Lamer et Wilson.

**Nouvelle audition: 1985: 9 octobre; 1986: 26 juin.

**Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et La Forest.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunaux compétents pour accorder une réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte — Inculpé alléguant à l'enquête préliminaire qu'il y a eu violation de son droit conféré par la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable — Le juge à l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent — Procédures à suivre pour obtenir une réparation — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Y a-t-il eu négation du droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

L'inculpé a été accusé de vol qualifié en mars 1977 et arrêté en octobre 1979. À son enquête préliminaire, tenue le 18 mai 1982, soit un mois après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'inculpé a présenté une requête pour obtenir la suspension des procédures. Il alléguait notamment qu'on lui avait nié le droit d'être jugé dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11b) de la *Charte*. La poursuite reconnaît que dix des dix-neuf mois du délai en cause sont attribuables à sa propre inaction négligente. On a conclu à l'enquête préliminaire que, bien que le juge qui préside une telle enquête soit un tribunal compétent en vertu de l'art. 24 de la *Charte* pour examiner une alléguation de violation de l'al. 11b), l'art. 24 ne s'applique pas en l'espèce parce qu'il n'a effet que pour l'avenir. L'inculpé a demandé sans succès à la Cour suprême de l'Ontario une prohibition et un *certiorari* qui auraient interdit la continuation des procédures relatives à l'accusation et annulé la décision susmentionnée, et une réparation en vertu de l'art. 24 de la *Charte*. Le juge de la cour des requêtes a conclu qu'un juge à l'enquête préliminaire est un tribunal compétent au sens de l'art. 24, mais que, au

of s. 11(b). The accused's appeal to the Court of Appeal, pursuant to s. 719 of the *Criminal Code* which authorizes only appeals in prerogative writs applications, was dismissed. The accused's appeal to this Court raised several issues: (1) Where an application alleges a breach of s. 11(b) of the *Charter* (a) is a judge or justice presiding at a preliminary inquiry a court of competent jurisdiction for the purposes of an application under s. 24(1) of the *Charter*; (b) is a judge of the supreme court of a province a court of competent jurisdiction for the purposes of an originating application under s. 24(1) of the *Charter*; (2) Assuming that a judge presiding at a preliminary hearing is a court of competent jurisdiction, is the decision of the inferior court susceptible to review either by prerogative writ or by independent application to a superior court pursuant to s. 24(1) of the *Charter*; and (3) Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the appellant's constitutional right to be tried within a reasonable time had not been violated?

Held (Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.: Under s. 24(1) of the *Charter*, anyone whose *Charter* rights have been violated may apply to a court of competent jurisdiction for an appropriate remedy. Since the *Charter* is without jurisdictional provisions and directions, an application for s. 24(1) relief in a criminal case should follow the framework and procedures set up by the *Criminal Code*. The *Charter* was created to form an important part of our legal system and must fit into the existing scheme.

A magistrate sitting at a preliminary hearing is not a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24. The limited jurisdiction conferred on him in Part XV of the *Code* does not permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied. He has also no jurisdiction to exclude evidence under s. 24(2). Exclusion of evidence under that section is a remedy, its application being limited to proceedings under s. 24(1).

The courts of criminal jurisdiction, as defined in s. 2 of the *Code*, and the summary conviction courts will be courts of competent jurisdiction where they have jurisdiction conferred by statute over the offences and persons and have the power to make the order sought. The

fond, il n'y avait pas eu de violation de l'al. 11b). La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'inculpé fondé sur l'art. 719 du *Code criminel*, qui prévoit des appels seulement à l'égard de demandes de brefs de prérogative. A pourvoi de l'inculpé devant cette Cour soulève plusieurs questions: (1) lorsqu'une demande allègue une violation de l'al. 11b) de la *Charte* a) le juge ou le juge de paix qui préside une enquête préliminaire constitue-t-il un tribunal compétent pour les fins d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*? b) un juge de la cour suprême d'une province constitue-t-il un tribunal compétent pour les fins d'une requête introductive d'instance sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*? (2) présumant que le juge qui préside une enquête préliminaire constitue un tribunal compétent, la décision de la juridiction de degré inférieur peut-elle être révisée, soit par bref de prérogative, soit par action directe devant une cour supérieure, sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte* et (3) la Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle conclu à tort que le droit constitutionnel de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable n'avait pas été violé?

Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz, McIntyre et Chouinard: Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, toute personne, dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir une réparation convenable. Puisque la *Charte* ne comporte pas de dispositions et de directives relatives à la compétence, une demande de réparation en vertu du par. 24(1) dans une affaire criminelle doit respecter le cadre et les procédures établis par le *Code criminel*. La *Charte* a été créée pour former une partie importante de notre système juridique et doit en conséquence s'insérer dans le régime existant.

Le magistrat qui préside une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent au sens de l'art. 24. La compétence limitée que lui confère la Partie XV du *Code* ne l'autorise pas à entendre et à juger la question de savoir s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. Il n'a pas non plus compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). L'exclusion d'éléments de preuve en vertu de cette disposition est une réparation qui ne peut être obtenue que dans le cadre d'une instance visée au par. 24(1).

Les cours de juridiction criminelle, définies à l'art. 2 du *Code*, et les cours des poursuites sommaires constitueront des tribunaux compétents chaque fois que la loi leur confère compétence à l'égard des infractions et des personnes en question et les autorise à rendre l'ordon-

remedies granted by these courts must remain within the ambit of criminal powers. There will be no jurisdiction in these courts, however, where prerogative relief is sought, or where a claim for relief, if granted, would involve interference in proceedings before another court.

The provincial superior court will always be a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* at first instance, that is to say, in cases where the issue arises in proceedings before it. The superior court will of course continue to have jurisdiction as a reviewing court where prerogative claims are made or advanced.

When it is advisable to move for relief before trial under s. 24(1) of the *Charter*, the pre-trial motion and its near relative, the preliminary motion or preliminary objection may be employed once an indictment has been preferred.

The grant or denial of *Charter* relief is appealable as a question of law under the *Code*. Interlocutory appeals in respect of refusals or grants of *Charter* remedies under s. 24(1) are not available, however, because they are not authorized in the *Code*.

The infringement of a *Charter* right does not of itself give rise to jurisdictional error and there is no reason to characterize some *Charter* violations as jurisdictional and others as not. When a *Charter* right is violated, s. 24(1) authorizes the court to grant an appropriate remedy. It neither excludes the court from further participation in the matter nor specifies the remedy. The remedy will vary with the circumstances.

While appellant's motion included a claim for non-prerogative relief under the *Charter*, the appeal under s. 719 of the *Criminal Code* applied only to the prerogative portion of the application. Here, since the preliminary hearing magistrate had no jurisdiction to grant s. 24(1) relief, he did not exceed his jurisdiction. Consequently, the superior court judge's dismissal of the claim for prohibition and *certiorari* is sustainable and this appeal must be dismissed.

Per La Forest J.: A preliminary hearing magistrate is not a "court of competent jurisdiction", within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*, for determining whether an accused's right "to be tried within a reason-

nance sollicitée. Les réparations accordées par ces tribunaux doivent relever du pouvoir en matière criminelle. Toutefois, quand un bref de prérogative est demandé ou qu'une demande de redressement, si on y faisait droit, entraînerait une intervention dans des procédures devant un autre tribunal, ces tribunaux n'ont pas compétence.

La cour supérieure provinciale sera toujours un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* en première instance, c'est-à-dire dans des affaires où la question en litige est soulevée dans le cadre d'une instance devant cette cour. Bien entendu, la cour supérieure continuera d'avoir une compétence de révision en matière de recours de prérogative.

Dans les cas où il est souhaitable de présenter une demande de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* avant le procès, on peut avoir recours à la requête préalable et à la procédure voisine, la requête préliminaire ou le moyen préliminaire, dès qu'un acte d'accusation a été présenté.

Une décision accordant ou refusant une réparation prévue par la *Charte* est susceptible d'appel à titre de question de droit en vertu du *Code*. On ne peut toutefois pas interjeter d'appels interlocutoires de décisions refusant ou accordant une réparation visée au par. 24(1) de la *Charte* parce que le *Code* n'autorise pas de tels appels.

Une atteinte à un droit garanti par la *Charte* ne suffit pas en soi pour faire naître une erreur de compétence et il n'y a aucune raison de qualifier certaines violations de la *Charte* de questions de compétence et d'autres pas. Lorsqu'il y a violation d'un droit garanti par la *Charte*, le par. 24(1) autorise le tribunal à accorder une réparation convenable. Cette disposition n'exclut pas toute autre participation du tribunal dans l'affaire ni ne précise la nature de la réparation. En fait, celle-ci variera selon les circonstances.

Quoique la requête de l'appellant ait visé notamment à l'obtention d'une réparation en vertu de la *Charte* autre qu'un bref de prérogative, l'appel fondé sur l'art. 719 du *Code criminel* ne pouvait porter que sur la partie de la requête qui demandait un bref de prérogative. En l'espèce, puisque le magistrat à l'enquête préliminaire n'était pas autorisé à accorder une réparation en vertu du par. 24(1), il n'a pas outrepassé sa compétence. Cela étant, la décision du juge de la cour supérieure de rejeter la demande de prohibition et de *certiorari* est maintenue et le pourvoi doit être rejeté.

Le juge La Forest: Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu violation du droit d'un inculpé «d'être jugé dans un délai raisonnable», le magistrat à l'enquête préliminaire n'est pas un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1)

able time" has been violated. The task of the preliminary hearing magistrate under the *Criminal Code* is limited and there is no warrant in the *Charter* for extending it. He has also no jurisdiction to exclude evidence under s. 24(2). While this power seems similar to the magistrate's duty regarding admissibility of evidence, what is involved is the granting of a remedy under s. 24(2).

There must be at all times a court of competent jurisdiction to provide and enforce a remedy when needed, and this remedy should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises. While the trial court will ordinarily be the appropriate court to grant a remedy under s. 24(1), where such a court has not yet been set at the time when a remedy is required, or where a court is an inappropriate forum to seek a remedy because it is itself implicated in the breach of a constitutional right, the competent court must be the superior court of the province in the exercise of its inherent jurisdiction. This jurisdiction should only be exercised when it is necessary to give an appropriate remedy and where there is no other court in a position to do so. On a s. 24(1) application for a remedy against unreasonable delay, a superior court judge should generally confine his jurisdiction to attempting to prevent existing causes for delay and ongoing prejudice to an accused and should refrain from attempting to remedy past delays. The trial judge will be in a better position to deal with those delays when the case comes before him and to accord such remedies as can reasonably be afforded under criminal law jurisdiction.

From committal onwards, it is doubtful that one can rely on pre-trial motions to a judge other than a superior court judge to give effect to *Charter* remedies. The existing remedies by way of pre-trial motion are grounded in specific statutory powers. Superior court judges are the only judges with the inherent jurisdiction to grant other remedies.

The violation of an accused's right to be tried within a reasonable time neither gives rise to a jurisdictional issue nor necessarily results in a stay of proceedings. To categorize unreasonable delay as jurisdictional and to make a stay the only possible judicial response is inconsistent with the text of s. 24(1) which provides for such remedy as may be appropriate and just in the circum-

de la *Charte*. La portée de la tâche du magistrat à l'enquête préliminaire en vertu du *Code criminel* est restreinte et rien dans la *Charte* ne justifie son élargissement. De plus, il n'a pas compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Bien que ce pouvoir d'exclusion paraisse assimilable au devoir du magistrat en matière de détermination de l'admissibilité de la preuve, ce dont il s'agit en réalité est l'attribution d'une réparation en vertu du par. 24(2).

Il doit toujours y avoir un tribunal compétent pour accorder et pour appliquer une réparation si besoin est, et cette réparation doit, d'une manière générale, être accordée dans le contexte normal des procédures dans lesquelles la question prend naissance. Bien que ce soit normalement le tribunal de première instance qui ait compétence pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1), lorsque celui-ci n'a pas encore été déterminé au moment où une réparation est demandée ou qu'il ne convient pas de lui demander une réparation parce qu'il a lui-même contribué à porter atteinte à un droit constitutionnel, le tribunal compétent doit être la cour supérieure de la province dans l'exercice de sa compétence inhérente. Cette compétence ne doit être exercée que si cela s'avère nécessaire pour accorder une réparation convenable et qu'aucun autre tribunal ne soit en mesure de le faire. Un juge d'une cour supérieure saisi d'une demande fondée sur le par. 24(1), visant à obtenir une réparation à cause d'un délai déraisonnable, doit en règle générale limiter l'exercice de sa compétence à des tentatives de supprimer les causes existantes de retard et de préjudice persistant envers l'inculpé et se garder d'essayer de remédier à des délais antérieurs. Le juge du procès, quand l'affaire parvient devant lui, sera mieux en mesure d'agir relativement à ces délais et d'accorder toute réparation pouvant raisonnablement l'être en vertu de la compétence en matière criminelle.

Il est douteux que l'on puisse, après le renvoi à procès, adresser à un juge autre qu'un juge d'une cour supérieure une requête préalable au procès visant à obtenir une réparation en vertu de la *Charte*. Les réparations existantes que l'on peut demander par voie de requête préalable reposent sur des pouvoirs particuliers découlant de la loi. Seuls les juges des cours supérieures possèdent la compétence inhérente pour accorder d'autres réparations.

La violation du droit d'un inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable ne soulève pas une question de compétence ni n'entraîne nécessairement la suspension des procédures. Qualifier un retard déraisonnable de question de compétence et faire de la suspension des procédures l'unique solution offerte aux tribunaux est incompatible avec les termes du par. 24(1) qui prévoit une

stances. In many cases, the most obvious remedy for delay would be to expedite the proceedings. The draconian remedy of a stay should be reserved for the more compelling cases.

In the case at bar, the superior court judge was the only court competent to grant a *Charter* remedy. Since neither the *Charter* nor the *Criminal Code* makes any provision for appeal for such an application, the matter should be returned to the preliminary hearing judge and the question of unreasonable delay should ultimately be dealt with by the trial judge if the accused is committed for trial.

Per Dickson C.J. and Lamer J., dissenting: A court of competent jurisdiction in an extant case is a court that has jurisdiction over the person and the subject matter, as well as jurisdiction to order, under the criminal or penal law, the remedy sought pursuant to the *Charter*. Generally, the court of competent jurisdiction is the trial court, and that court enjoys the full panoply of criminal law remedial powers. A judge presiding at a preliminary inquiry, therefore, is not a court of competent jurisdiction for the purpose of granting a remedy under s. 24(1). He is, nevertheless, a court of competent jurisdiction to determine under s. 24(1) whether a violation has occurred for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). The sole purpose of a judge's conducting a preliminary hearing is to determine whether there is sufficient evidence to put the accused on trial. There is no reason why the power to exclude probative evidence for policy reasons cannot equally be exercised under s. 24(2) of the *Charter*.

An accused alleging a s. 11(b) violation must be heard, as soon as possible under s. 24(1), by a judge of the court where his trial is to be held. To ensure a prompt, just and effective remedy, the trial court should be ready to grant an appropriate remedy for a s. 11(b) violation as soon as the accused is entitled to it and falls within its jurisdiction. This can be done through a system of pre-trial hearings. The superior court, while it has concurrent original jurisdiction to hear a s. 24(1) application, will usually exercise its discretion to decline jurisdiction and leave the dispensation of *Charter* remedies to the normal trial process and its appeal system when there is a trial court competent to award just and appropriate relief. When a violation of s. 11(b) is complete at any stage prior to committal, the accused will

régation convenable et juste eu égard aux circonstances. Bien souvent la réparation la plus évidente en cas de retard serait d'accélérer les procédures. Quant à la réparation draconienne qu'est la suspension des procédures, elle doit être réservée aux cas les plus criants.

En l'espèce, le juge de la cour supérieure était le seul tribunal ayant compétence pour accorder une réparation en vertu de la *Charte*. Étant donné que ni la *Charte* ni le *Code criminel* ne prévoient de droit d'appel dans le cas d'une telle demande, l'affaire doit être renvoyée au juge chargé de l'enquête préliminaire et la question de savoir s'il y a eu un délai déraisonnable doit en définitive être soumise au juge du procès si l'inculpé est renvoyé à son procès.

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer, *dissentants*: Le tribunal compétent, lorsqu'il y a une affaire en cours, est celui qui a compétence *ratione personae* et *ratione materiae* pour ordonner, en vertu du droit criminel ou pénal, la réparation demandée en vertu de la *Charte*. En règle générale, c'est le tribunal de première instance qui est compétent et ce tribunal jouit de toute la panoplie des pouvoirs de réparation du droit criminel. Le juge qui préside une enquête préliminaire n'est donc pas un tribunal compétent pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1). Il est néanmoins un tribunal compétent pour déterminer en vertu du par. 24(1) s'il y a eu une violation aux fins d'écarter des éléments de preuve aux termes du par. 24(2). Un juge tient une enquête préliminaire dans le seul but de déterminer s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour que l'inculpé soit renvoyé à son procès. Il n'y a aucune raison pour laquelle le pouvoir d'exclure des éléments de preuve probants pour des raisons de principe ne peut également s'exercer en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Un inculpé qui allègue une violation de l'al. 11b) doit être entendu aussitôt que possible en vertu du par. 24(1) par un juge du tribunal devant lequel son procès doit avoir lieu. Pour assurer une réparation prompte, juste et efficace, le tribunal de première instance doit être prêt à accorder une réparation convenable en cas de violation de l'al. 11b), et ce dès que l'inculpé y a droit et qu'il relève de la compétence dudit tribunal. Cela peut se faire au moyen d'un système d'auditions avant procès. Malgré sa compétence concurrente en première instance pour entendre une demande fondée sur le par. 24(1), la cour supérieure exercera habituellement son pouvoir discrétionnaire en déclinant cette compétence et laissera l'attribution des réparations selon la *Charte* au mécanisme normal du procès et de l'appel chaque fois qu'un tribunal de première instance a compétence pour accorder une réparation juste et convenable. Lorsqu'une violation de l'al. 11b) a eu lieu à tout stade antérieur au

properly seek his remedy under s. 24(1) from the superior court.

The violation of an accused's right under s. 11(b) is jurisdictional in nature. A person charged must be tried within a reasonable time, beyond which, no court has jurisdiction to try that person. When, in an inferior court, a jurisdictional issue arises which also constitutes a *Charter* violation, a person may seek relief in the superior court through an application under s. 24(1), the prerogative writs, or both. Such an application is, for remedial purposes, to be considered an application under s. 24(1), and, for appeal purposes under s. 719 of the *Code*, to be considered an application for the issuance of a writ, and, upon such appeal, all remedies are open to review. This is an exception to the general rule that there is no appeal from an interlocutory decision in criminal matters except where the decision has the effect of terminating the proceedings, such as, for example, the entering of a stay of proceedings.

Section 11(b) of the *Charter* gives an accused the right to be tried within a reasonable time. The fundamental purpose of that section is to protect the rights set forth in s. 7. In the context of s. 11(b), however, the concept of security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation. Section 11(b) is to limit the impact of various forms of prejudice to the accused—who is presumed innocent—by circumscribing the time period within which they may occur.

To determine whether an accused's right under s. 11(b) has been infringed, the court should adopt a reasonableness test which involves a balancing of the impairment of the accused's interests, such impairment becoming increasingly pronounced with the passage of time, against three other factors: (1) waiver of time periods; (2) the time requirements inherent in the nature of the case and (3) the limitations to institutional resources.

The time frame to be considered in computing trial within a reasonable time only runs from the moment a person is charged. Prior to the charge, the individual is not normally subject to restraint and does not stand accused before the community of committing a crime. Thus, those aspects of the liberty and security of the person protected by s. 11(b) are not normally placed in jeopardy prior to the institution of judicial proceedings against the individual. Generally, a person is charged under s. 11(b), as of (a) the service of a summons or the

renvoi à procès, l'accusé doit adresser sa demande de réparation fondée sur le par. 24(1) à la cour supérieure.

La violation du droit conféré à un accusé par l'al. 11b), de par sa nature, touche à la compétence. Un inculpé doit être jugé dans un délai raisonnable et, passé ce délai, aucun tribunal n'a compétence pour le juger. Lorsque, devant une juridiction de degré inférieur, on soulève une question de compétence qui constitue en même temps une violation de la *Charte*, un justiciable peut s'adresser à la cour supérieure en vertu du par. 24(1) ou des brefs de prérogative ou des deux. Une telle demande doit être considérée, aux fins de la réparation, comme une demande en vertu du par. 24(1) et, aux fins d'appel en vertu de l'art. 719 du *Code*, comme une demande de bref et, en pareil cas, toutes les décisions sont susceptibles d'examen. Il s'agit d'une exception à la règle générale voulant qu'il n'y ait pas d'appel d'un jugement interlocutoire en matière criminelle à moins que la décision n'ait pour effet de mettre fin à l'instance, comme par exemple, en cas de l'inscription d'une suspension d'instance.

L'alinéa 11b) de la *Charte* confère au prévenu le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. L'objet fondamental de cette disposition est d'assurer la protection des droits énoncés à l'art. 7. Dans le contexte de l'al. 11b), toutefois, la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante. La vocation de l'al. 11b) consiste à limiter l'effet des différentes formes de préjudice envers l'accusé, qui est présumé innocent, en délimitant la période où elles peuvent se produire.

Pour déterminer s'il y a eu violation du droit conféré à l'inculpé par l'al. 11b), le tribunal doit adopter un critère du caractère raisonnable qui implique un équilibre de l'atteinte aux droits de l'accusé, qui augmente radicalement avec le passage du temps, et de trois autres facteurs: (1) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; (2) les délais inhérents à la nature de l'affaire et (3) les limitations des ressources institutionnelles.

Le laps de temps dont il faut tenir compte pour déterminer si le procès a eu lieu dans un délai raisonnable, ne court que du moment de l'inculpation. Normalement, avant l'inculpation, la liberté n'est pas restreinte et l'individu n'est pas considéré par la collectivité comme accusé d'un crime. Ainsi ces aspects de la liberté et la sécurité de la personne protégés par l'al. 11b) ne sont pas normalement menacés avant que n'ait été intentée une procédure judiciaire contre l'individu. D'une manière générale, une personne est inculpée aux fins de

execution of a warrant pursuant to the laying of an information under s. 455.3 of the *Criminal Code*; or (b) the issuance of an appearance notice under s. 451 of the *Code* or release from custody under ss. 452 or 453 of the *Code*; or (c) the arrest, in the case of all other arrested persons not covered by (a) or (b). Finally, the reasonableness test will remain essentially the same for both pre-*Charter* and post-*Charter* delay.

Section 24 remedies apply to contraventions of *Charter* rights taking place in a proceeding being carried on after the *Charter's* proclamation, even though that proceeding was instituted before its enactment.

Where, on balancing the various factors, a court decides that the accused's right to be tried within a reasonable time has been contravened, a stay of proceedings will be the appropriate remedy. Such remedy is a minimum to which others may be added. In the case at bar, the ten month period of inaction due to negligence on the part of the Crown renders the overall period to bring this man to trial unreasonable. The proceedings before the trial judge should be stayed.

Per Wilson J., dissenting: When a violation of s. 11(b) is alleged, the accused must demonstrate that he has suffered an impairment of his liberty and security interests, not as a result of the Crown's having charged him, but as a result of the Crown's failure to bring him to trial within a reasonable time. The point at which the delay becomes unreasonable and unconstitutional is the point at which the accused's right under s. 11(b) is violated. All that precedes that point must be accepted as inherent in the nature of the process.

Although the accused's right to a fair trial is protected by s. 11(d) of the *Charter*, one of the relevant considerations in deciding whether or not a delay is unreasonable under s. 11(b) is whether the accused's ability to make full answer and defence to the charge has been impaired by it. The right to make full answer and defence is a cornerstone of the justice system and a delay which has the effect of eroding it cannot be considered reasonable. Hence this may provide an alternate basis of violation under s. 11(b).

Cases Cited

By McIntyre J.

R. v. Morgentaler (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523,

l'al. 11b), a) dès la signification d'une sommation ou l'exécution d'un mandat par suite d'une dénonciation faite en vertu de l'art. 455.3 du *Code criminel*; ou b) dès la délivrance d'une citation à comparaître en vertu de l'art. 451 du *Code* ou la mise en liberté conformément aux art. 452 ou 453 du *Code*; ou c) dès l'arrestation pour le cas des prévenus non visés en a) ou b). Finalement, le critère du caractère raisonnable demeurera essentiellement le même, qu'il s'agisse d'un délai antérieur ou postérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Les réparations prévues par l'art. 24 sont applicables en cas de contraventions aux droits garantis par la *Charte* ayant lieu au cours de procédures postérieures à la proclamation de la *Charte*, même si ces dernières ont été intentées avant son entrée en vigueur.

Lorsque, tenant compte des divers facteurs, le tribunal décide que le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable a été enfreint, la réparation appropriée sera la suspension d'instance. Cette réparation représente un minimum auquel d'autres formes de réparation peuvent être ajoutées. En l'espèce, la période de dix mois d'inactivité imputable à la négligence de la poursuite rend déraisonnable le délai total pour juger l'inculpé. Il y a lieu d'ordonner la suspension des procédures devant le juge du procès.

Le juge Wilson, dissidente: Lorsqu'un inculpé allègue une violation de l'al. 11b), il doit établir une violation de ses intérêts en matière de liberté et de sécurité occasionnée non pas parce que le ministère public l'a inculpé, mais parce qu'il ne lui a pas fait subir son procès dans un délai raisonnable. Un délai ne devient déraisonnable et inconstitutionnel qu'au moment où il y a violation du droit conféré à l'inculpé par l'al. 11b). Tout ce qui se passe antérieurement doit être accepté comme inhérent à la nature du processus.

Bien que le droit d'un inculpé à un procès équitable soit protégé par l'al. 11d) de la *Charte*, en décidant si un délai est raisonnable ou déraisonnable aux fins de l'al. 11b), on doit se demander entre autres si ce délai a nui à la capacité de l'inculpé d'opposer à l'accusation une réponse et une défense complètes. Le droit de présenter une réponse et une défense complètes est une pierre angulaire du système de justice et un délai qui tend à miner ce droit ne peut être tenu pour raisonnable. Partant, ceci peut offrir un autre fondement à une violation en vertu de l'al. 11b).

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts examinés: *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984),

considered; *Re Laurendeau and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 206; *Re Ritter and The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 123; *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 254n, referred to.

By La Forest J.

Ashby v. White (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *R. v. Richardson* (1984), 56 N.B.R. (2d) 172; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), referred to.

By Lamer J. (dissenting)

Re Siegel and The Queen (1982), 1 C.C.C. (3d) 253; *Re Potma and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 19 (Ont. H.C.), aff'd (1983), 2 C.C.C. (3d) 383 (Ont. C.A.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, aff'g (1983), 9 C.C.C. (3d) 310 (Alta. C.A.); *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427; *Blackwoods Beverages Ltd. v. R.*, [1985] 2 W.W.R. 159; *R. v. Cranston* (1983), 55 N.S.R. (2d) 376; *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557; *Re Kendall and The Queen*; *Re McCaffery and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 224; *R. v. Cameron* (1982), 3 C.C.C. (3d) 496; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *Re Laurendeau and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 206; *ACL Canada Inc. v. Hunter* (1983), 8 C.C.C. (3d) 190; *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127; *R. v. Ritter*, [1984] 2 W.W.R. 623; *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523; *R. v. Petrovic* (1984), 47 O.R. (2d) 97; *R. v. Kohler* (1984), 5 O.A.C. 317; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Genaille and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 440; *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.* (1983), 51 A.R. 395; *Re Bank of Nova Scotia* (1983), 10 W.C.B. 429; *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478; *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 577; *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1983), 6 C.C.C. (3d) 331; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392; *Re Rahey and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (N.S.C.A.) rev'g (1983), 9 C.C.C. (3d) 385 (N.S.S.C.); *In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152; *R. v. M.* (1982), 70 C.C.C. (2d) 123; *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1982), 67 C.C.C. (2d) 193; *Re Regina and Brooks* (1982), 1 C.C.C. (3d) 506; *Re Uba and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 529; *Re Legal Services Society and Brahan* (1983), 5 C.C.C. (3d) 404; *Re Conroy and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 501; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Tso Tung Quan* (1984), 9 C.R.R. 375; *Re Regina and*

12 C.C.C. (3d) 523; arrêts mentionnés: *Laurendeau c. Procureur général du Québec*, [1983] C.A. 223; *Re Ritter and The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 123; *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 254n.

a

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *R. v. Richardson* (1984), 56 R.N.-B. (2d) 172; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966).

b

Citée par le juge Lamer (dissent)

c

Re Siegel and The Queen (1982), 1 C.C.C. (3d) 253; *Re Potma and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 19 (H.C. Ont.), confirmé (1983), 2 C.C.C. (3d) 383 (C.A. Ont.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, confirmant (1983), 9 C.C.C. (3d) 310 (C.A. Alb.); *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427; *Blackwoods Beverages Ltd. v. R.*, [1985] 2 W.W.R. 159; *R. v. Cranston* (1983), 55 N.S.R. (2d) 376; *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557; *Re Kendall and The Queen*; *Re McCaffery and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 224; *R. v. Cameron* (1982), 3 C.C.C. (3d) 496; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *Laurendeau c. Procureur général du Québec*, [1983] C.A. 223; *ACL Canada Inc. v. Hunter* (1983), 8 C.C.C. (3d) 190; *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127; *R. v. Ritter*, [1984] 2 W.W.R. 623; *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523; *R. v. Petrovic* (1984), 47 O.R. (2d) 97; *R. v. Kohler* (1984), 5 O.A.C. 317; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Genaille and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 440; *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.* (1983), 51 A.R. 395; *Re Bank of Nova Scotia* (1983), 10 W.C.B. 429; *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478; *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 577; *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1983), 6 C.C.C. (3d) 331; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392; *Re Rahey and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (C.A.N.-É.) infirmant (1983), 9 C.C.C. (3d) 385 (C.S.N.-É.); *In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152; *R. v. M.* (1982), 70 C.C.C. (2d) 123; *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1982), 67 C.C.C. (2d) 193; *Re Regina and Brooks* (1982), 1 C.C.C. (3d) 506; *Re Uba and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 529; *Re Legal Services Society and Brahan* (1983), 5 C.C.C. (3d) 404; *Re Conroy and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 501; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Tso Tung Quan* (1984), 9 C.R.R. 375; *Re Regina and*

d

e

f

g

h

i

j

- Henry* (1984), 11 C.C.C. (3d) 404; *Re Hussey and Attorney-General for Ontario* (1984), 13 C.C.C. (3d) 81; *Re Pattyson and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 477; *R. v. Germain* (1984), 53 A.R. 264; *R. v. Wilson* (1982), 37 A.R. 170; *R. v. Dezwirek* (1983), 4 C.C.C. (3d) 69; *R. v. Baker* (1983), 10 W.C.B. 10; *Re Regina and Thompson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 127; *R. v. Sensenstein* (1983), 2 C.R.R. 296; *Re Lamberti and Didkowski* (1983), 26 Sask. R. 213; *Re Regina and Morrison* (1984), 47 O.R. 185; *Re Bank of Nova Scotia and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 165; *R. v. Coleman* (1982), 9 W.C.B. 232; *R. v. Kramer* (1982), 10 W.C.B. 452; *R. v. Bank of Nova Scotia* (1982), 10 W.C.B. 451; *R. v. Vermette (No. 4)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 477; *R. v. S. B.*, [1983] 1 W.W.R. 512; *R. v. Burns* (1982), 2 C.C.C. (3d) 283; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 5 C.C.C. (3d) 346; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188; *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 S.C.R. 422; *Southern Pacific Co. v. M. Botner & Sons Inc.*, [1973] R.P. 97; *Canadian Javelin Ltd. (Dans l'affaire de): Plam c. Sparling*, [1979] C.S. 465; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Government of the Republic of Italy v. Piperno*, [1982] 1 S.C.R. 320; *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, aff'g (1975), 25 C.C.C. (2d) 555; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Heaslip* (1983), 36 C.R. (3d) 309; *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5; *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317; *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982); *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506 (1962); *Eur. Court H. R., Wemhoff case*, judgment of 27 June 1968, Series A No. 7; *State v. Fasket*, 5 Rich. (39 SCL) 255 (1851); *Taylor v. United States*, 238 F.2d 259 (1956); *United States v. Provoov*, 17 F.R.D. 183 (1955 D.C.Md.), aff'd 350 U.S. 857 (1955); *United States v. Chase*, 135 F. Supp. 230 (1955); *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *R. v. Dahlem* (1983), 25 Sask. R. 10; *R. v. H. W. Corkum Construction Co.* (1983), 57 N.S.R. (2d) 241; *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286; *R. v. Boron* (1983), 36 C.R. (3d) 329; *R. v. Lefort* (1984), 12 C.C.C. (3d) 332; *Re Regina and Carter* (1983), 9 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1; *and Henry* (1984), 11 C.C.C. (3d) 404; *Re Hussey and Attorney-General for Ontario* (1984), 13 C.C.C. (3d) 81; *Re Pattyson and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 477; *R. v. Germain* (1984), 53 A.R. 264; *R. v. Wilson* (1982), 37 A.R. 170; *R. v. Dezwirek* (1983), 4 C.C.C. (3d) 69; *R. v. Baker* (1983), 10 W.C.B. 10; *Re Regina and Thompson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 127; *R. v. Sensenstein* (1983), 2 C.R.R. 296; *Re Lamberti and Didkowski* (1983), 26 Sask. R. 213; *Re Regina and Morrison* (1984), 47 O.R. 185; *Re Bank of Nova Scotia and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 165; *R. v. Coleman* (1982), 9 W.C.B. 232; *R. v. Kramer* (1982), 10 W.C.B. 452; *R. v. Bank of Nova Scotia* (1982), 10 W.C.B. 451; *R. c. Vermette*, [1982] C.S. 1006; *R. v. S. B.*, [1983] 1 W.W.R. 512; *R. v. Burns* (1982), 2 C.C.C. (3d) 283; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 5 C.C.C. (3d) 346; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188; *Antares Shipping Corp. c. Le Navire "Capricorn"*, [1977] 2 R.C.S. 422; *Southern Pacific Co. c. M. Botner & Sons Inc.*, [1973] R.P. 97; *Canadian Javelin Ltd. (Dans l'affaire de): Plam c. Sparling*, [1979] C.S. 465; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Gouvernement de la République d'Italie c. Piperno*, [1982] 1 R.C.S. 320; *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, confirmant (1975), 25 C.C.C. (2d) 555; *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20; *R. v. Heaslip* (1983), 36 C.R. (3d) 309; *Belyea v. The King*, [1932] R.C.S. 279; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970); *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5; *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317; *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982); *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506 (1962); *Cour eur. D. H., affaire Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, série A n° 7; *State v. Fasket*, 5 Rich. (39 SCL) 255 (1851); *Taylor v. United States*, 238 F.2d 259 (1956); *United States v. Provoov*, 17 F.R.D. 183 (1955 D.C.Md.), confirmé 350 U.S. 857 (1955); *United States v. Chase*, 135 F. Supp. 230 (1955); *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. v. Dahlem* (1983), 25 Sask. R. 10; *R. v. H. W. Corkum Construction Co.* (1983), 57 N.S.R. (2d) 241; *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286; *R. v. Boron* (1983), 36 C.R. (3d) 329; *R. v. Lefort* (1984), 12 C.C.C. (3d) 332; *Re Regina and Carter* (1983), 9 C.C.C. (3d) 173; *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1;

Attorney General of British Columbia v. Craig Prov. J. (1983), 36 C.R. (3d) 346; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; Eur. Court H. R., *Deweer* case, judgment of 27 February 1980, Series A No. 35; *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973).

Statutes and Regulations Cited

California Penal Code § 1382 (West 1985).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(b), (d), (e), (h), 24, 26.
Colorado Criminal Code, Colo. Rev. Stat. § 18-1-405 (1973).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 2 "court of criminal jurisdiction", "superior court of criminal jurisdiction", 363, 426, 451, 452, 453, 455.3, 457.7, 459, 465, 468, 475, 510, 516, 520(3), 529, 602, 603, 618, 619, 620, 719, 720 "summary conviction court", 732, 732.1.
Criminal Code, 18 U.S.C. § 3161 (c)(1) (1982).
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222 (1950), art. 5(3).
Illinois Code of Criminal Procedure, Ill. Ann. Stat. ch. 38, § 103-5 (Smith-Hurd 1980).
International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), art. 2(3), 9(3).
Michigan Code of Criminal Procedure, Mich. Stat. Ann. § 28.978 (Callaghan 1985).
Pennsylvania Rules of Criminal Procedure, Rule 1100(a)(2), 42 Pa. Cons. Stat. Ann. (Purdon 1985).
South Carolina Code of Criminal Procedure, S.C. Code Ann. § 17-23-90 (Law Co-op. 1985).
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 8.

Authors Cited

Amsterdam, A. G. "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies," 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975).
 Dicey, A. V. *The Law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan & Co., 1959.
 Ewaschuk, E. G. "The Charter: An Overview and Remedies" (1982), 26 C.R. (3d) 54.
 Garton G. "Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time" (1984), 46 *Nfld. & P.E.I.R.* 177.
 Gold, A. D. *Annual Review of Criminal Law*, Toronto, Carswells, 1982.
 Hogg, P. W. *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswells, 1982.
 Levy, J. C. "The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations" (1983), 13 *Man. L.J.* 523.

Attorney General of British Columbia v. Craig Prov. J. (1983), 36 C.R. (3d) 346; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; Cour eur. D. H., affaire *Deweer*, arrêt du 27 février 1980, série A n° 35; *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973).

Lois et règlements cités

California Penal Code § 1382 (West 1985).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11(b), (d), (e), (h), 24, 26.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 2 «cour de juridiction criminelle», «cour supérieure de juridiction criminelle», 363, 426, 451, 452, 453, 455.3, 457.7, 459, 465, 468, 475, 510, 516, 520(3), 529, 602, 603, 618, 619, 620, 719, 720 «cour des poursuites sommaires», 732, 732.1.
Colorado Criminal Code, Colo. Rev. Stat. § 18-1-405 (1973).
Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223 (1950), art. 5(3).
Criminal Code, 18 U.S.C. § 3161 (c)(1) (1982).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 8.
Illinois Code of Criminal Procedure, Ill. Ann. Stat. chap. 38, § 103-5 (Smith-Hurd 1980).
Michigan Code of Criminal Procedure, Mich. Stat. Ann. § 28.978 (Callaghan 1985).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 2(3), 9(3).
Pennsylvania Rules of Criminal Procedure, Règle 1100(a)(2), 42 Pa. Cons. Stat. Ann. (Purdon 1985).
South Carolina Code of Criminal Procedure, S.C. Code Ann. § 17-23-90 (Law Co-op. 1985).
Doctrines citées
 Amsterdam, A. G. «Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies», 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975).
 Dicey, A. V. *The Law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan & Co., 1959.
 Ewaschuk, E. G. «The Charter: An Overview and Remedies» (1982), 26 C.R. (3d) 54.
 Garton G. «Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time» (1984), 46 *Nfld. & P.E.I.R.* 177.
 Gold, A. D. *Annual Review of Criminal Law*, Toronto, Carswells, 1982.
 Hogg, P. W. *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswells, 1982.
 Levy, J. C. «The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations» (1983), 13 *Man. L.J.* 523.

Manning, M. *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery Ltd., 1983.

Note. "The Lagging Right to a Speedy Trial," 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965).

Richards J. G. and G. J. Smith. "Applying the Charter" (1983), 4 *Advocates' Q.* 129.

Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 4th ed., Aurora, Canada Law Book Inc., 1984.

Uviller, H. R. "*Barker v. Wingo*: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle," 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 7 C.C.C. (3d) 573, 6 C.R.R. 88, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631, dismissing appellant's appeal from a judgment of Osborne J. (1983), 2 C.C.C. (3d) 444, 3 C.R.R. 63, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112, dismissing appellant's applications for a stay of proceedings. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. dissenting.

Julius Melnitzer and D. Fletcher Dawson, for the appellant.

David H. Doherty, Q.C., and *M. S. T. Wine*, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer J. were delivered by

LAMER J. (*dissenting*)—One should be forewarned that the facts in this case are intricate and, to some extent, uncertain; that the proceedings are multiple and the fact that they vary from one level of court to the other further complicates matters; that these difficulties are compounded by the fact that we are addressing the insertion into the common law system of remedies and courts of a new system of rights and remedies hitherto foreign to the common law approach.

At his preliminary inquiry, the accused-appellant brought a motion to stay the proceedings, alleging abuse of process under the common law and a violation of his rights under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, specifically, that he had been denied his right to be tried within a reasonable time.

Manning, M. *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery Ltd., 1983.

Note. «The Lagging Right to a Speedy Trial,» 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965).

Richards J. G. and G. J. Smith. «Applying the Charter» (1983), 4 *Advocates' Q.* 129.

Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 4th ed., Aurora, Canada Law Book Inc., 1984.

Uviller, H. R. «*Barker v. Wingo*: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle,» 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 7 C.C.C. (3d) 573, 6 C.R.R. 88, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant d'un jugement du juge Osborne (1983), 2 C.C.C. (3d) 444, 3 C.R.R. 63, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112, qui avait débouté l'appelant de ses demandes de suspension des procédures. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson sont dissidents.

Julius Melnitzer et D. Fletcher Dawson, pour l'appelant.

David H. Doherty, c.r., et *M. S. T. Wine*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendus par

LE JUGE LAMER (*dissident*)—Il faut commencer par dire que les faits en l'espèce sont complexes et dans une certaine mesure incertains; que les procédures intentées sont multiples et que le fait qu'elles varient d'un degré de juridiction à l'autre complique encore les choses; qu'à ces difficultés s'ajoute le fait que nous examinons une insertion, dans les voies de recours et dans l'organisation judiciaire de la *common law*, d'un nouveau régime de droits et voies de recours jusqu'à maintenant étrangers à la démarche de cette dernière.

À son enquête préliminaire, l'accusé-appelant présenté une requête pour suspendre l'instance, alléguant abus des voies de droit en *common law* et violation de ses droits aux termes de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, plus précisément, négation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

The appellant's motion was denied and his challenges of that decision were unsuccessful. The appellant was granted leave to appeal to this Court at large and suggests that the issues in this case are as follows:

- I Is a judge or justice presiding at a preliminary inquiry a court of competent jurisdiction for the purposes of an application under section 24(1) of the *Charter* where the application alleges a breach of section 11(b) rights?
- II Is a judge of the Supreme Court of Ontario a court of competent jurisdiction for the purposes of an originating application under section 24(1) of the *Charter* where the application alleges a breach of section 11(b) rights?
- III Assuming that a judge presiding at a preliminary hearing is a court of competent jurisdiction, is the decision of the inferior court susceptible to review either by prerogative writ or by independent application to a superior court pursuant to section 24(1) of the *Charter*?
- IV Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the appellant's constitutional right to be tried within a reasonable time as guaranteed by section 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been violated?

The first three issues raise basic procedural questions concerning the mechanisms for obtaining *Charter* relief, review and appeal of determinations under s. 24(1) of the *Charter*. They will, in fact, determine which of the appellant's applications are properly before this Court and whether we have jurisdiction to consider the substantive question asked of us by issue no. 4.

As I will be addressing issue no. 4 in the latter part of this opinion, a narrative of the facts and an analysis of the judgments below as they relate to the question of whether the appellant's rights have been violated will be made at that time.

The Facts Relevant to the Jurisdictional Issues

On March 30, 1977, an information was sworn in London, Ontario, charging the appellant with an armed robbery allegedly committed six days

La requête de l'appelant a été rejetée de même que ses contestations de cette décision. Il a obtenu une autorisation générale de se pourvoir devant cette Cour; il fait valoir que les points en litige sont

a les suivants:

[TRADUCTION]

- I Le juge ou le juge de paix qui préside une enquête préliminaire constitue-t-il un tribunal compétent pour les fins d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, lorsque la demande allègue violation des droits prévus à l'al. 11b)?
- II Un juge de la cour suprême de l'Ontario constitue-t-il un tribunal compétent pour les fins d'une requête introductive d'instance sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*, lorsque la demande allègue violation des droits prévus à l'al. 11b)?
- III Présumant que le juge qui préside à une enquête préliminaire constitue un tribunal compétent, la décision de cette juridiction de degré inférieur peut-elle être contrôlée, soit par bref de prerogative, soit par action directe devant une cour supérieure, sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*?
- IV La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle conclu à tort que le droit constitutionnel de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'avait pas été violé?

f Les trois premiers points soulèvent des questions fondamentales de procédure concernant les mécanismes d'exercice d'un recours en vertu de la *Charte*, d'examen judiciaire et d'appel des décisions fondées sur le par. 24(1) de la *Charte*. Ils détermineront en fait quelles sont les demandes de l'appelant dont cette Cour est à bon droit saisie et si nous avons compétence pour entendre la question de fond que nous pose le quatrième point.

h Comme je ne traiterai du quatrième point que dans la dernière partie de mes motifs, j'exposerai les faits et analyserai les jugements des tribunaux inférieurs en ce qui concerne la question d'une éventuelle violation des droits de l'appelant à ce moment-là.

Les faits pertinents en matière de compétence

j Le 30 mars 1977, une dénonciation était faite sous serment à London (Ontario) inculquant l'appelant d'un vol à main armée prétendument commis

earlier. The appellant's first appearance in court with respect to that information was on September 25, 1981. He elected trial by judge and jury and the preliminary inquiry commenced on May 18, 1982, before His Honour Judge Baker of the Ontario Provincial Court (Criminal Division). Reasons for judgment were delivered orally on July 16, 1982, now reported at 2 C.R.R. 300. The *Charter* had come into force on April 17, 1982.

At the outset of his preliminary inquiry Mills presented a motion to Judge Baker seeking a stay of proceedings for abuse of process under the common law and for violation of his rights under s. 11(b) of the *Charter*. Section 11(b) states:

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

11. Tout inculpé a le droit:

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

Both grounds failed and the motion was denied.

With respect to the claim based on abuse of process, Judge Baker found that a "Provincial Judge lacked jurisdiction at the preliminary hearing stage to stay the proceedings for abuse of process" (p. 306). Notwithstanding that finding, he dealt with the common law application and found that, absent evidence "of wilful misconduct or oblique motives . . . or of any *intention* to prejudice, harass or to submit this accused to oppressive treatment" (p. 308), there could be no abuse of process and accordingly dismissed the application grounded on the common law.

Dealing with the application under the *Charter*, he found that, under s. 24 of the *Charter*, a provincial court judge presiding at a preliminary inquiry is a "court of competent jurisdiction to deal with this matter" (p. 308). Section 24 provides:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed

24. (1) Toute personne, vic-time de violation ou de néga-

six jours auparavant. La première comparution de l'appelant devant un tribunal au sujet de cette dénonciation remonte au 25 septembre 1981. Il a choisi d'être jugé par un juge et un jury et l'enquête préliminaire débuta le 18 mai 1982 devant le juge Baker de la Cour provinciale de l'Ontario (Division criminelle). Les motifs de jugement ont été prononcés à l'audience le 16 juillet 1982 et publiés à 2 C.R.R. 300. La *Charte* est entrée en vigueur le 17 avril 1982.

Au début de l'enquête préliminaire, Mills a présenté une requête devant le juge Baker pour obtenir une suspension d'instance pour abus des voies de droit en vertu de la *common law* et pour violation de ses droits aux termes de l'al. 11(b) de la *Charte*. L'alinéa 11(b) dispose:

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time;

11. Tout inculpé a le droit:

(b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

Il fut débouté sur les deux moyens et la requête a été rejetée.

Sur la conclusion d'abus des voies de droit, le juge Baker a jugé qu'un [TRADUCTION] «juge de cour provinciale ne détenait pas la compétence, au stade de l'enquête préliminaire, pour mettre fin à l'instance en raison d'un abus des voies de droit» (p. 306). Malgré cette décision, il s'est prononcé sur le moyen fondé sur la *common law* jugeant qu'en l'absence de preuve [TRADUCTION] «de comportement répréhensible voulu ou d'arrière-pensées . . . ou de quelque *intention* de causer un préjudice, de harceler ou d'infliger à l'inculpé un traitement oppressif» (p. 308), il ne pouvait y avoir abus des voies de droit et en conséquence, il a rejeté le moyen fondé sur la *common law*.

Quant au moyen fondé sur la *Charte*, il a jugé qu'en vertu de son art. 24 un juge de cour provinciale présidant une enquête préliminaire était un [TRADUCTION] «tribunal compétent pour entendre cette affaire» (p. 308). L'article 24 porte:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed

24. (1) Toute personne, vic-time de violation ou de néga-

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 application was then dismissed, the only ground stated being that s. 24 had only a prospective effect.

The appellant moved to challenge that ruling in the Ontario Supreme Court, invoking both its original and supervisory jurisdictions. The appellant's motions in that Court failed (1983), 3 C.R.R. 63, 2 C.C.C. (3d) 444, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112, as did his appeal in the Ontario Court of Appeal (1983), 6 C.R.R. 88, 7 C.C.C. (3d) 573, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631.

From a scrutiny of the proceedings and of the judgments below, my understanding of the events that took place subsequent to Judge Baker's decision is as follows:

Mills applied to the Supreme Court of Ontario's motions court in two capacities:

- 1—As a Superior Court of general jurisdiction with an application for a remedy under the *Charter* in a case being processed in a lower court;
- 2—As a Superior Court in its supervisory capacity over decisions of inferior courts through the prerogative writs (*certiorari* and prohibition), alleging that Judge Baker had committed a jurisdictional error by:

tion 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.

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.

Le moyen fut alors rejeté; le seul motif donné fut que l'art. 24 n'avait effet que pour l'avenir.

L'appelant a contesté par requête cette décision en Cour suprême de l'Ontario invoquant sa plénitude de juridiction et sa compétence de surveillance. L'appelant fut débouté devant ce tribunal (1983), 3 C.R.R. 63, 2 C.C.C. (3d) 444, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112, comme il le fut de son appel en Cour d'appel de l'Ontario (1983), 6 C.R.R. 88, 7 C.C.C. (3d) 573, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631.

De l'examen des procédures intentées devant les juridictions inférieures et des jugements rendus par elles, je conclus que les événements ultérieurs à la décision du juge Baker sont les suivants:

Mills s'est adressé à la cour des requêtes de la Cour suprême de l'Ontario à deux titres:

- 1—en tant que cour supérieure de compétence générale, par une demande de réparation fondée sur la *Charte* dans une espèce dont était saisie une juridiction de degré inférieur;
- 2—en tant que cour supérieure, au titre de sa compétence de contrôle des décisions des juridictions de degré inférieur par la voie des brefs de prérogative (*certiorari* et prohibition), alléguant que le juge Baker avait commis une erreur de compétence:

(a) his disposition of the motion to stay under the common law for abuse of process: first, by finding that he did not have jurisdiction to stay proceedings for abuse of process; second, by finding that, in any event, there had been no abuse of process, and,

(b) finding no violation of the accused's *Charter* rights under s. 11(b) on the grounds that s. 24 did not apply to a pre-*Charter* charge.

In his judgment, Osborne J. commented on the nature of the proceedings and summarized the applicant's position as follows ((1983), 2 C.C.C. (3d) 444, at p. 450):

The applicant's position, as carefully and fully outlined by Mr. Melnitzer [Mr. Melnitzer is the appellant's Attorney], is that in the face of a violation of a *Charter* right to trial within a reasonable time, the provincial court judge has lost jurisdiction over the accused in such a way as to entitle the accused to the relief sought before me. Mr. Melnitzer distinguished this route to jurisdiction from a simple appeal from Judge Baker's decision on the *Charter* issue.

Osborne J. then referred with approval to the Supreme Court of Ontario judgments by O'Driscoll J. in *Re Siegel and The Queen* (1982), 1 C.C.C. (3d) 253, and of Eberle J. in *Re Potma and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 19, appeal to Ontario Court of Appeal was since dismissed: (1983), 2 C.C.C. (3d) 383. These cases were concerned with applications under s. 24(2) of the *Charter* to exclude evidence. In Osborne J.'s view, those judgments, and more particularly O'Driscoll J.'s decision in *Siegel, supra*, held that "on an application under s. 24 to exclude evidence a 'court of competent jurisdiction' refers to either the trial judge or the judge sitting at the preliminary hearing".

Of the motions, he said, at p. 451:

It is therefore difficult to see how a judge in motions court can have jurisdiction to entertain a motion such as

a) lorsqu'il a statué sur la requête en suspension d'instance selon la *common law* pour abus des voies de droit: premièrement, en jugeant qu'il n'avait pas la compétence de suspendre une instance pour abus des voies de droit; deuxièmement, en jugeant que, de toute façon, il n'y avait pas eu abus des voies de droit,

b) et qu'il a constaté aucune violation des droits de l'inculpé aux termes de l'al. 11b) de la *Charte*, au motif que l'art. 24 ne s'appliquait pas à une inculpation antérieure à la *Charte*.

c) Dans son jugement, le juge Osborne a commenté la nature de l'affaire et résumé la position du requérant comme suit ((1983), 2 C.C.C. (3d) 444, à la p. 450):

d) [TRADUCTION] La position du requérant, comme la soigneusement et exhaustivement exposée M^e Melnitzer [M^e Melnitzer est l'avocat de l'appelant], est que, saisi d'une violation du droit d'être jugé en vertu de la *Charte* dans un délai raisonnable, le juge de la cour provinciale perd sa compétence sur la personne de l'inculpé, de telle sorte que l'inculpé a le droit d'exercer le recours auquel il conclut devant moi. M^e Melnitzer a distingué le cours suivi par une procédure relative à la compétence du simple appel de la décision du juge Baker concernant la *Charte*.

f) Le juge Osborne s'est alors référé, en les approuvant, aux jugements de la Cour suprême de l'Ontario du juge O'Driscoll dans l'affaire *Re Siegel and The Queen* (1982), 1 C.C.C. (3d) 253 et du juge Eberle dans l'affaire *Re Potma and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 19, appel à la Cour d'appel de l'Ontario rejeté depuis: (1983), 2 C.C.C. (3d) 383. Ces affaires portaient sur des demandes fondées sur le par. 24(2) de la *Charte* visant à écarter certaines preuves. Selon le juge Osborne, ces jugements, et plus particulièrement la décision du juge O'Driscoll dans l'affaire *Siegel*, précitée, ont établi que [TRADUCTION] «sur demande fondée sur l'art. 24 d'écarter certaines preuves, le «tribunal compétent» signifie soit le juge de première instance, soit le juge siégeant à l'enquête préliminaire».

j) Au sujet des requêtes, il dit à la p. 451:

[TRADUCTION] Il est donc difficile de voir comment un juge de la cour des requêtes pourrait détenir la compé-

this, unless the application can reasonably be characterized as being in the nature of an application for a prerogative writ. This application can be so characterized, at least in so far as the Charter issue it raises is concerned. It is not an appeal from Judge Baker's abuse of process and Charter decision. In most cases applications for Charter relief, under s. 24, arising out of alleged violations of Charter rights should be heard by the trial judge or the judge presiding at the preliminary inquiry.

He then exercised his supervisory jurisdiction and considered whether prerogative writs should issue.

As regards the *Charter* application, he agreed with the provincial court judge that when such a judge is sitting at a preliminary inquiry, he is a court of competent jurisdiction to deal with an application under s. 24(1) for a remedy, subsequent to a violation of an accused's right under s. 11(b). He also agreed, though only in the result, with the finding that there had been no violation. I should mention that, while both judges found a preliminary inquiry judge to be "a court of competent jurisdiction" under s. 24, no mention was made by either judge as to any limits as regards the remedies such preliminary inquiry judges could give the accused under the *Charter*, including whether a stay could be entered by such a judge.

When considering the disposition by Judge Baker of the common law application, Osborne J. found that Judge Baker had erred as regards his own jurisdiction and said, at p. 461, "that a provincial court judge does have jurisdiction to deal with abuse of process even while presiding over a preliminary inquiry", but agreed with him that there in fact had not been an abuse of process. "The delay attributable to the authorities", he said, "is the product of negligence not vexatiousness". Osborne J. did not say whether a stay was part of the arsenal of a provincial court judge sitting at a preliminary inquiry, or whether the judge was limited to discharging the accused. Also, in passing, it is not clear whether Osborne J. was of the view that a justice of the peace holding a

tence d'entendre une requête comme celle-ci à moins qu'on puisse raisonnablement qualifier la demande comme tenant d'un bref de prerogative. Cette demande peut être ainsi qualifiée au moins en ce qui concerne le point relatif à la Charte qu'elle soulève. Ce n'est pas un appel de la décision du juge Baker sur l'abus des voies de droit et sur la Charte. Dans la plupart des cas, les demandes de réparation en vertu de la Charte fondées sur l'art. 24, pour cause de violation des droits conférés par la Charte devraient être entendues par le juge de première instance ou le juge présidant l'enquête préliminaire.

Exerçant alors sa compétence de contrôle, il rechercha s'il n'y avait pas lieu à brefs de prerogative.

Quant au moyen fondé sur la *Charte*, il a convenu, avec le juge de la cour provinciale, que lorsqu'un tel juge siège à une enquête préliminaire, il constitue un tribunal compétent pour entendre une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) par suite d'une violation d'un droit de l'inculpé aux termes de l'al. 11(b). Il a reconnu aussi, mais non pour les mêmes motifs, qu'il n'y avait eu aucune violation. Je me dois de signaler que, si les deux juges ont dit qu'un juge menant l'enquête préliminaire constituait «un tribunal compétent» aux termes de l'art. 24, ni l'un ni l'autre n'a parlé d'une restriction quelconque en ce qui concerne les réparations que les juges à l'enquête préliminaire peuvent accorder à l'inculpé en vertu de la *Charte*, y compris si un tel juge pouvait suspendre l'instance.

Lorsqu'il traita du rejet par le juge Baker de la demande fondée sur la *common law*, le juge Osborne a estimé que le juge Baker avait mal apprécié sa compétence à cet égard, et dit, à la p. 461, [TRADUCTION] «qu'un juge d'une cour provinciale est effectivement compétent pour juger un abus des voies de droit, même quand il préside une enquête préliminaire», tout en convenant avec lui qu'il n'y avait effectivement pas eu d'abus des voies de droit. [TRADUCTION] «Le retard attribuable aux autorités», a-t-il dit, «est le résultat de la négligence; il n'est pas vexatoire». Le juge Osborne n'a pas dit si l'arsenal des moyens à la disposition d'un juge de la cour provinciale siégeant à une enquête préliminaire comportait la suspension d'instance ou si le juge devait se borner à libérer

preliminary inquiry, under Part XV of the *Criminal Code*, enjoys the same jurisdiction as a provincial court judge acting in the same capacity.

It is clear that Osborne J. was of the view that a supreme court justice sitting in motions court does not have an original jurisdiction under s. 24 when the matter is pending before an inferior court. It can at best be inferred that, due to his failure to refer the matter to another chamber of the Supreme Court of Ontario, he was equally of the view that no chamber of the Supreme Court has, under s. 24, any jurisdiction when the matter is before another court. As a result of Osborne J.'s comments and review of Judge Baker's findings as regards s. 11(b) and s. 24(1) of the *Charter* through the prerogative writ application, one can with certainty conclude that he considered a finding under s. 24(1), at least one in relation to s. 11(b), as reviewable under the prerogative writs. One cannot ascertain, at least not with any certainty, whether his assumption of jurisdiction through such writs was the result of his characterization of *Charter* violations and/or of decisions in relation to such violations as going to jurisdiction, or only to some, one of which being a violation of s. 11(b). However, one can fairly assume that, had he intended to enlarge the availability of such writs to non-jurisdictional matters, he would have said so expressly.

The matter was then appealed to the Court of Appeal under s. 719 of the *Code* which authorizes the taking of an appeal in *certiorari* and prohibition. It would be inaccurate to say that the appellant did not appeal the s. 24 issue. He only made one application to Osborne J. and he appealed Osborne J.'s disposition of that application. However, the s. 719 conduit is narrow and, prior to the *Charter*, has only allowed the courts of appeal to respond in *certiorari* or prohibition, and within the traditional remedial powers granted under those writs. The question therefore immediately arises, and was, though somewhat differently raised by

l'inculpé. Aussi, en passant, il n'est pas certain que le juge Osborne ait été d'avis qu'un juge de paix procédant à une enquête préliminaire en vertu de la Partie XV du *Code criminel* détienne la même
 a compétence qu'un juge d'une cour provinciale agissant en la même capacité.

Il est clair que le juge Osborne était d'avis qu'un juge de la Cour suprême siégeant en cour des requêtes n'a pas plénitude de juridiction en vertu de l'art. 24 lorsque l'affaire est pendante devant une juridiction inférieure. On peut au mieux en déduire que, comme l'affaire n'a pas été renvoyée à un autre juge de la Cour suprême de l'Ontario, il était également d'avis qu'aucun juge de la Cour suprême n'était, en vertu de l'art. 24, compétent alors qu'une autre juridiction était saisie de l'affaire. Il découle des commentaires du juge Osborne et de son examen des conclusions du juge Baker en ce qui concerne l'al. 11b) et le par. 24(1) de la *Charte*, par la voie d'une demande de bref de prérogative, que l'on peut avec certitude conclure qu'il estimait qu'une conclusion fondée sur le par. 24(1), du moins par rapport à l'al. 11b), pouvait être examinée au moyen des brefs de prérogative. On ne peut établir, du moins pas avec certitude, s'il a assumé sa compétence par le recours à ses brefs parce qu'il a qualifié les violations de la *Charte* ou les décisions sur ces violations, ou les deux, comme étant une question de compétence ou comme étant partiellement telle, l'une d'elles étant la violation de l'al. 11b). Toutefois on peut raisonnablement présumer que, s'il avait voulu étendre le recours à ces brefs à des questions autres que de compétence, il l'aurait dit expressément.

L'affaire a alors été portée en appel devant la Cour d'appel en vertu de l'art. 719 du *Code* qui autorise les appels en matière de *certiorari* et de prohibition. Il serait inexact de dire que l'appelant n'a pas porté la question de l'art. 24 en appel. Il n'avait soumis qu'une seule demande au juge Osborne et a interjeté appel de la décision du juge Osborne à cet égard. Le moyen offert par l'art. 719 est toutefois limité et, avant la *Charte*, il ne permettait aux cours d'appel que de connaître du *certiorari* et de la prohibition et dans le cadre des pouvoirs traditionnels de redressement accordés par ces brefs. La question qui se pose donc immé-

the respondent, as to whether by seeking prohibition and then appealing the refusal, the appellant is able to argue in the Court of Appeal and in this Court all matters raised in the application for prohibition in the first instance and then have access to the full panoply of remedial powers granted to a judge under s. 24.

I would answer that question in the affirmative for reasons I will be giving later on supporting the following conclusions. I find that some violations of the *Charter* go to the jurisdiction of the court in which the case is extant and that a violation of s. 11(b) is one of them. Indeed if time has elapsed to the point beyond which no trial could be held within a reasonable time, as of then the courts have lost jurisdiction over the accused because the trial process must come to an end. I also find, for reasons elaborated upon later on, that if an application is made to a superior court judge alleging a "jurisdictional" violation, as is a violation to s. 11(b), whatever be the vehicle chosen, that application is, for remedial purposes, an application under s. 24, and, for appeal purposes, an application for the issuance of a writ.

For these reasons I am of the view that the four issues referred to by the appellant are properly before us. Because the remedial powers flowing traditionally from *certiorari* and prohibition would in this case be sufficient, we could, I suppose, take a very narrow approach and restrict our findings to whether Osborne J. should have found a violation and, upon finding that the preliminary inquiry could not continue for loss of jurisdiction, then issue a writ. While this would be sufficient to dispose of Mills' case it would leave unanswered fundamental questions that we have been asked to address (the Crown-respondent's factum is one indication, as are comments by counsel before this Court in subsequent *Charter* appeals) such as, whether a judge at a preliminary hearing is a court of competent jurisdiction under of s. 24 of the *Charter*, to give but one example.

diatement, et qui a été soulevée par l'intimée, quoique de façon un peu différente, est celle de savoir si, en demandant la prohibition et en interjetant appel du refus, l'appelant peut faire valoir en Cour d'appel et devant cette Cour toutes les questions soulevées par la demande de prohibition en première instance et ensuite avoir accès à l'entière panoplie des pouvoirs de redressement accordés au juge par l'art. 24.

Je répondrais à cette question par l'affirmative pour les motifs que je donnerai plus loin pour appuyer les conclusions suivantes. Je conclus que certaines violations de la *Charte* touchent à la compétence de la cour saisie de l'affaire et la violation de l'al. 11b) entre dans cette catégorie. De fait, si le temps écoulé est tel qu'aucun procès ne peut être tenu dans un délai raisonnable, les tribunaux perdent dès lors leur compétence sur l'accusé parce que le processus judiciaire doit s'arrêter. Je conclus également, pour les motifs que je développerai plus loin, que si une demande présentée à un juge de cour supérieure allègue une violation de la «compétence», telle une violation de l'al. 11b), quel que soit le moyen choisi, cette demande est, aux fins de la réparation, une demande en vertu de l'art. 24 et, aux fins de l'appel, une demande de bref.

Pour ces motifs, je suis d'avis que les quatre points soulevés par l'appelant sont à bon droit devant nous. Puisque les pouvoirs de réparation qui découlent traditionnellement du *certiorari* et de la prohibition seraient suffisants en l'espèce, nous pourrions, je suppose, opter pour une démarche très étroite et limiter nos conclusions à la question de savoir si le juge Osborne aurait dû conclure à une violation et, après avoir conclu que l'enquête préliminaire ne pouvait pas continuer à cause de la perte de compétence, délivrer alors un bref. Ceci suffirait à régler le cas de Mills, mais laisserait sans réponse des questions fondamentales qu'on nous a demandé d'examiner (le mémoire de Sa Majesté-intimée est une indication, tout comme les commentaires des avocats devant cette Cour dans des affaires postérieures en matière de *Charte*), telle celle de savoir si un juge à l'enquête préliminaire est un tribunal compétent en vertu de l'art. 24 de la *Charte* pour ne citer qu'un exemple.

The determination of whether a provincial court judge presiding over a preliminary inquiry is a court of competent jurisdiction to grant a remedy under s. 24(1) and of the scope of his or her arsenal of remedies cannot be made in a vacuum, but must be made with regard to the other phases of the process, to the other courts and also, to a certain extent, to the desirability and availability of review and appeal.

Court of Competent Jurisdiction: s. 24(1)

General Principles

Since s. 24(1) is silent as to what is a court of competent jurisdiction, it has been left to the judiciary to determine what is the desirable adjudicative forum.

“Court of competent jurisdiction” is not defined in the *Charter*. Yet its interpretation is central to the scope and effectiveness of s. 24. In determining the meaning of that term, the purpose of the section, which, in my view, is succinctly expressed in the marginal note, must be ever present: the “enforcement of guaranteed rights and freedoms”. It is that purpose, the provision of an enforcement mechanism, which above all else ensures that the *Charter* will be a vibrant and vigorous instrument for the protection of the rights and freedoms of Canadians.

Section 24(1) establishes the right to a remedy as the foundation stone for the effective enforcement of *Charter* rights. This is consistent with Article 8 of the *Universal Declaration of Human Rights* (G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948)) and with Article 2(3) of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966)).

Article 8 of the *Universal Declaration of Human Rights* states:

Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law.

Article 2(3) of the *International Covenant on Civil and Political Rights* states:

On ne peut décider dans le vide si un juge de cour provinciale présidant une enquête préliminaire est un tribunal compétent, à même d'accorder réparation aux termes du par. 24(1), ni déterminer la portée de l'arsenal des moyens à sa disposition; il faut tenir compte des autres phases du processus, des autres juridictions et aussi, dans une certaine mesure, de l'opportunité et de l'existence de l'examen judiciaire et de l'appel.

Le tribunal compétent: par. 24(1)

Principes généraux

Le silence du par. 24(1) sur ce qu'est un tribunal compétent laisse au pouvoir judiciaire le soin de déterminer quel est le for désirable.

La *Charte* ne définit pas l'expression «tribunal compétent». Pourtant l'interprétation de cette expression est au cœur de la portée de l'art. 24 et de son efficacité. En décidant du sens de l'expression, il faut toujours garder à l'esprit l'objet de l'article, lequel, à mon avis, est succinctement donné par la note marginale: le «recours en cas d'atteinte aux droits et libertés». C'est cette fin, une voie de recours, qui avant tout fera de la *Charte* un instrument éloquent et vigoureux de protection des droits et des libertés des Canadiens.

Le paragraphe 24(1) fait du droit à une réparation la pierre angulaire de la mise en œuvre effective des droits accordés par la *Charte*. Ce qui est conforme à l'article 8 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948)) et à l'art. 2(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966)).

L'article 8 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* porte:

Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.

L'article 2(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* porte:

(3) Each State Party to the present Covenant undertakes:

(a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;

(b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;

. . .

I am of the view that a person whose Canadian *Charter* rights have been infringed or denied has the right to obtain the appropriate and just remedy under the circumstances. A corollary which flows from this is the fundamental principle that there must always be a court available to grant, not only a remedy, but the remedy which is the *appropriate* and *just* one under the circumstances.

A remedy must be easily available and constitutional rights should not be "smothered in procedural delays and difficulties", to use the words of J. G. Richards and G. J. Smith, in "Applying the Charter" (1983), 4 *Advocates' Q.* 129, at p. 135. On the other hand, there is no virtue in ignoring established institutions, the practice and "work habits" of the courts and trying to reinvent the wheel. Courts throughout the country have recognized that the *Charter* was not enacted in a vacuum.

In some cases this has been done explicitly: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427 (Man. C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1983] 1 S.C.R. v; *Re Potma and The Queen*, *supra*; *Blackwoods Beverages Ltd. v. R.*, [1985] 2 W.W.R. 159 (Man. C.A.); *Re Siegel and The Queen*, *supra*; *R. v. Cranston* (1983), 55 N.S.R. (2d) 376 (S.C.T.D.)

3. Les États parties au présent Pacte s'engage à:

a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;

b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel;

. . .

Je suis d'avis qu'une personne victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la *Charte* canadienne peut obtenir la réparation qui est convenable et juste eu égard aux circonstances. Il en découle en corollaire le principe fondamental selon lequel il doit toujours y avoir un tribunal qui puisse accorder, non seulement une réparation, mais la réparation qui est *convenable* et *juste* eu égard aux circonstances.

La réparation doit pouvoir s'obtenir facilement et les droits constitutionnels ne devraient pas être [TRADUCTION] «étouffés dans les délais et les difficultés de procédure» pour reprendre les termes de J. G. Richards et G. J. Smith dans «Applying the Charter» (1983), 4 *Advocates' Q.* 129, à la p. 135. D'autre part, il n'y a aucun avantage à ne pas tenir compte des institutions établies, des pratiques et «habitudes de travail» des tribunaux et à chercher à réinventer la roue. Les tribunaux dans tout le pays ont reconnu que la *Charte* n'avait pas été adoptée dans le vide.

Dans certains cas, on l'a dit expressément: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *R. v. Belton* (1982), 3 C.C.C. (3d) 427 (C.A. Man.), autorisation de pourvoi à cette Cour refusée, [1983] 1 R.C.S. v; *Re Potma and The Queen*, précité; *Blackwoods Beverages Ltd. v. R.*, [1985] 2 W.W.R. 159 (C.A. Man.); *Re Siegel and The Queen*, précité; *R. v. Cranston* (1983), 55 N.S.R. (2d) 376 (C.S.)

In other cases, it is implicit: *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557, leave to appeal to this Court granted, [1985] 1 S.C.R. xii; *Re Kendall and The Queen; Re McCaffery and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 224 (Alta. C.A.); *R. v. Cameron* (1982), 3 C.C.C. (3d) 496 (Alta. C.A.); *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661 (B.C.C.A.); *Re Laurendeau and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 206 (Que. C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1983] 2 S.C.R. ix; *ACL Canada Inc. v. Hunter* (1983), 8 C.C.C. (3d) 190 (Que. C.A.); *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127 (Alta. C.A.); *R. v. Ritter*, [1984] 2 W.W.R. 623 (B.C.C.A.); *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523 (Man. C.A.); *R. v. Petrovic* (1984), 47 O.R. (2d) 97 (C.A.); *R. v. Kohler* (1984), 5 O.A.C. 317; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Genaille and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 440 (Man. Q.B.); *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.* (1983), 51 A.R. 395 (Q.B.); *Re Bank of Nova Scotia*, Sask. Q.B., September 29, 1983, unreported but summarized at 10 W.C.B. 429; *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478 (Sask. Q.B.)

The rights guaranteed under the *Charter* are varied. As a result, their enforcement will, to some extent, be similarly varied. In determining from which court remedies may be sought and the procedure to be followed we should strive to achieve uniformity but must accept that there will, of necessity, be some variation, if not always as a matter of law, at least in practice.

Some violations of *Charter* rights and their remedies are in no way related to a court process. Following a violation, the person aggrieved goes to court to seek a remedy. That person goes to the court which is able to grant the remedy sought. That court is the court of competent jurisdiction, the court which is competent to grant the remedy. If, to give an example, the remedy is in the nature of damages, then, dependent upon the amount sought, the court of competent jurisdiction could be the Supreme Court of a province, the County Court, the Provincial Court, or even the Small Claims Court. If one also seeks injunctive relief,

Dans d'autres affaires, c'est implicite: *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada* (1985), 49 O.R. (2d) 557, autorisation de pourvoi à cette Cour accordée, [1985] 1 R.C.S. xii; *Re Kendall and The Queen; Re McCaffery and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 224 (C.A. Alb.); *R. v. Cameron* (1982), 3 C.C.C. (3d) 496 (C.A. Alb.); *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661 (C.A.C.-B.); *Laurendeau c. Procureur général du Québec*, [1983] C.A. 223, autorisation de pourvoi à cette Cour refusée, [1983] 2 R.C.S. ix; *ACL Canada Inc. v. Hunter* (1983), 8 C.C.C. (3d) 190 (C.A. Qué.); *R. v. Crate* (1983), 7 C.C.C. (3d) 127 (C.A. Alb.); *R. v. Ritter*, [1984] 2 W.W.R. 623 (C.A.C.-B.); *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523 (C.A. Man.); *R. v. Petrovic* (1984), 47 O.R. (2d) 97 (C.A.); *R. v. Kohler* (1984), 5 O.A.C. 317; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *Re Genaille and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 440 (B.R. Man.); *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.* (1983), 51 A.R. 395 (B.R.); *Re Bank of Nova Scotia*, B.R. Sask., 29 septembre 1983, non publié mais résumé à 10 W.C.B. 429; *R. L. Crain Inc. v. Couture* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478 (B.R. Sask.)

Les droits garantis par la *Charte* sont variés. Or, la façon d'assurer leur respect sera, dans une certaine mesure, également variée. En déterminant à quel tribunal on peut demander réparation et quelle procédure doit être suivie, nous devons rechercher l'uniformité, mais il nous faut nécessairement accepter que surgissent certaines variations, sinon en droit, du moins en pratique.

Certaines violations des droits accordés par la *Charte* et les réparations auxquelles elles donnent lieu ne sont nullement reliées aux voies de droit judiciaire. À la suite d'une violation, l'individu lésé s'adresse au tribunal pour obtenir réparation. Cette personne s'adresse au tribunal qui est à même d'accorder la réparation recherchée. Ce tribunal est le tribunal compétent, le tribunal qui est compétent pour accorder la réparation. Si, pour donner un exemple, cette réparation prend la forme de dommages-intérêts, alors, selon le montant demandé, le tribunal compétent pourra être la Cour suprême d'une province, la Cour de comté, la

one is then precluded from going to the lower courts and must go to the superior courts. The remedy sought determines which is the court of competent jurisdiction.

Other rights, many of which are found in s. 11 of the *Charter*, are those of a person who is being taken to the criminal and penal courts by a prosecution. (We need not decide here whether tribunals are included in the word "court".) There the violation is related to, or even often the result of, the court process. Generally, the range of remedies corrective of those violations will be found within the traditional powers of the court before which the person charged is to be tried, but not necessarily so. As we are here referring to the criminal and penal processes, "civil" remedies, such as damages, or declaratory relief are not traditionally found in those courts.

Furthermore, most of our courts are, within the respective limits imposed upon them by the criminal law and civil law fields, even further limited, dependent upon their level, or even, in the criminal law field, the stage to which the proceedings have progressed. To illustrate, some judges in the system are called upon to hold not only trials but also preliminary inquiries. At trial those judges can acquit, but cannot do so when holding a preliminary inquiry.

Alternate Approaches

Because a person should not be deprived of a just and appropriate remedy merely because his or her extant cause is before a court of criminal jurisdiction, it has been suggested, as a first proposition, that a court of competent jurisdiction is the court which has jurisdiction over the person and the subject matter; and that as of then, that court enjoys full jurisdiction to grant the remedy, whether or not that remedy has been traditionally part of the court's jurisdiction (see *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 577 (B.C.C.A.); *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1983), 6 C.C.C. (3d) 331 (B.C. Prov. Ct.);

Cour provinciale, ou même la Cour des petites créances. Si l'on demande aussi une injonction, on ne peut alors s'adresser aux juridictions de degré inférieur; il faut donc s'adresser aux cours supérieures. La réparation recherchée détermine quel est le tribunal compétent.

D'autres droits, dont plusieurs se trouvent à l'art. 11 de la *Charte*, appartiennent à celui qui est poursuivi devant les juridictions criminelles et pénales. (Nous n'avons pas à décider ici si les tribunaux administratifs sont inclus dans le terme «tribunal»). Dans ces cas la violation est reliée aux voies de droit judiciaires ou même souvent en résulte. En général, on peut trouver les moyens de corriger ces violations dans les pouvoirs traditionnels du tribunal devant lequel l'inculpé subira son procès, mais pas nécessairement. Comme nous nous référons ici aux voies de droit criminelles et pénales, les réparations «civiles», tels les dommages-intérêts ou le jugement déclaratoire, ne font pas partie des pouvoirs traditionnels de ces tribunaux.

De plus, la plupart de nos tribunaux sont, dans les limites respectives que leur impose la branche du droit, criminel et civil, restreints selon le degré de leur juridiction, ou même, dans le domaine du droit criminel, par le stade de la procédure. Par exemple, certains juges du système sont appelés non seulement à tenir des procès, mais aussi à tenir des enquêtes préliminaires. Au procès, ces juges peuvent prononcer un acquittement, mais ils ne peuvent le faire lorsqu'ils procèdent à une enquête préliminaire.

Autres points de vue

On ne saurait refuser au justiciable une réparation juste et convenable simplement parce qu'une juridiction criminelle est saisie de sa cause, aussi a-t-il été suggéré, dans un premier temps, que le tribunal compétent soit le tribunal compétent *ratione personae* et *ratione materiae* et que, dès lors, ce tribunal détienne une plénitude de juridiction pour accorder la réparation, que celle-ci ait ou non traditionnellement été de la compétence de ce tribunal (voir *R. v. Erickson*, [1984] 5 W.W.R. 577 (C.A.C.-B.); *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1983), 6 C.C.C. (3d) 331 (C. prov. C.-B.); Manning,

Manning, Morris, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983), pp. 460 and 473; Hogg, Peter, *Canada Act 1982 Annotated* (1982), p. 65).

A contrary view has been expressed by the following: *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada*, *supra*; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392 (Div. Ct.); *R. v. Crate*, *supra*; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 310 (Alta. C.A.); *Re Rahey and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (N.S.C.A.), leave to appeal to this Court granted, [1984] 2 S.C.R. ix; *R. v. Morgentaler*, *supra*; *In re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152 (T.D.); *R. v. M.* (1982), 70 C.C.C. (2d) 123 (Ont. Prov. Ct.); *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1982), 67 C.C.C. (2d) 193 (Ont. H.C.); *Re Regina and Brooks* (1982), 1 C.C.C. (3d) 506 (Ont. H.C.); *Re Uba and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 529 (Ont. H.C.); *Re Legal Services Society and Brahan* (1983), 5 C.C.C. (3d) 404 (B.C.S.C.); *Re Conroy and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 501 (Ont. H.C.); *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.); *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.*, *supra*; *R. L. Crain Inc. v. Couture*, *supra*; *R. v. Tso Tung Quan* (1984), 9 C.R.R. 375 (B.C. Co. Ct.); *Re Regina and Henryu* (1984), 11 C.C.C. (3d) 404 (B.C.S.C.); *Re Hussey and Attorney-General for Ontario* (1984), 13 C.C.C. (3d) 81 (Ont. Div. Ct.); *Re Pattyson and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 477 (B.C.S.C.); Ewaschuk, E. G., "The Charter: An Overview and Remedies" (1982), 26 C.R. (3d) 54, 70; Levy, J. C., "The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations" (1983), 13 *Man. L.J.* 523, at p. 537; Richards, J. G. and Smith, G. J., *loc. cit.*, at pp. 131 and 153.

Under this approach, criminal courts would, when appropriate, grant civil remedies in addition to those remedies that are traditionally within their jurisdiction (for a discussion of such a possibility for a court of superior jurisdiction, see *R. v. Germain* (1984), 53 A.R. 264 (Q.B.))

Morris, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983), aux pp. 460 et 473; Hogg, Peter, *Canada Act 1982 Annotated* (1982), à la p. 65).

^a Une opinion contraire a été exprimée dans les textes suivants: *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada*, précité; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 44 O.R. (2d) 392 (C. Div.); *R. v. Crate*, précité; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 310 (C.A. Alb.); *Re Rahey and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (C.A.N.-É.), autorisation de pourvoi à cette Cour accordée, [1984] 2 R.C.S. ix; *R. v. Morgentaler*, précité; *In re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152 (1^{ère} inst.); *R. v. M.* (1982), 70 C.C.C. (2d) 123 (C. prov. Ont.); *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1982), 67 C.C.C. (2d) 193 (H.C. Ont.); *Re Regina and Brooks* (1982), 1 C.C.C. (3d) 506 (H.C. Ont.); *Re Uba and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 529 (H.C. Ont.); *Re Legal Services Society and Brahan* (1983), 5 C.C.C. (3d) 404 (C.S.C.-B.); *Re Conroy and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 501 (H.C. Ont.); *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.); *R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.*, précité; *R. L. Crain Inc. v. Couture*, précité; *R. v. Tso Tung Quan* (1984), 9 C.R.R. 375 (C. Co. C.-B.); *Re Regina and Henryu* (1984), 11 C.C.C. (3d) 404 (C.S.C.-B.); *Re Hussey and Attorney-General for Ontario* (1984), 13 C.C.C. (3d) 81 (C. Div. Ont.); *Re Pattyson and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 477 (C.S.C.-B.); Ewaschuk, E. G., «The Charter: An Overview and Remedies» (1982), 26 C.R. (3d) 54, 70; Levy, J. C., «The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations» (1983), 13 *Man. L.J.* 523, à la p. 537; Richards, J. G., and Smith, G. J., *loc. cit.*, aux pp. 131 et 153.

ⁱ Selon cette façon de voir, les juridictions criminelles, lorsque cela serait opportun, accorderaient des réparations civiles, outre les réparations qui relèvent traditionnellement de leur compétence (pour une analyse d'une telle possibilité dans le cas d'une cour de juridiction supérieure, voir *R. v. Germain* (1984), 53 A.R. 264 (B.R.))

Others, recognizing serious procedural and evidentiary impediments, distinguish between civil and criminal law remedies. They would, however, as a second proposition, extend to any judge having jurisdiction over the person and the subject matter jurisdiction to grant any criminal law remedy. A preliminary inquiry judge could, to give an example, enter a stay in any type of case, whatever be the charge, and whichever be the eventual trial court (*R. v. Wilson* (1982), 37 A.R. 170 (Prov. Ct.); *R. v. Dezwirek* (1983), 4 C.C.C. (3d) 69 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. Baker*, B.C.S.C., May 19, 1983, unreported but summarized at 10 W.C.B. 10; *contra: Re Regina and Thompson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 127 (B.C.C.A.))

As regards the first proposition, desirable as might be a system whereby a person could get from the judge he or she is before a plenitude of remedies, this approach has to be defeated by the fundamental differences as between the civil and criminal process. To illustrate the problem briefly, it will be difficult to afford the alleged violators, susceptible to pay damages or to be the object of some injunction, a fair hearing within the criminal justice process, whilst guaranteeing the accused all traditional safeguards. Furthermore, the criminal courts are not staffed and equipped to cope with such types of determinations. Our civil courts are, and I cannot find any compelling reason why they should not determine *Charter* issues for the purpose of granting remedies of a civil or administrative law nature.

As regards the second proposition, I agree with its proponents so far as trial judges are concerned, but not as regards judges holding preliminary inquiries. I do not see the need, once the distinction between criminal and other remedies is made, for making a further distinction within the criminal law system between trial judges dependent upon the trial court in which they sit. Since they already have the jurisdiction to make a final complete

D'autres, reconnaissant des obstacles sérieux en matière de procédure et les difficultés de preuve, distinguent entre les réparations civiles et celles du droit criminel. Ils étendraient toutefois, dans un second temps, à tout juge compétent *ratione personae* et *ratione materiae* la compétence d'accorder toutes réparations de droit criminel. Un juge à l'enquête préliminaire pourrait, par exemple, suspendre une instance dans tout genre d'affaire, indépendamment de l'accusation et quelle que soit la juridiction de jugement éventuelle (*R. v. Wilson* (1982), 37 A.R. 170 (C. prov.); *R. v. Dezwirek* (1983), 4 C.C.C. (3d) 69 (C. prov. Ont.); *R. v. Baker*, C.S.C.-B., 19 mai 1983, non publié mais résumé à 10 W.C.B. 10; *contra: Re Regina and Thompson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 127 (C.A.C.-B.))

Pour ce qui est de la première proposition, aussi désirable que puisse être un système en vertu duquel le justiciable pourrait obtenir du juge devant qui il comparait un ensemble de réparations, cette façon de voir doit être rejetée à cause des différences fondamentales existant entre les voies de droit civiles et les voies de droit criminelles. Pour illustrer le problème brièvement, il sera difficile de fournir à des contrevenants présumés, ayant éventuellement à payer des dommages-intérêts ou devant faire l'objet de quelque injonction, une audition équitable dans le cadre des voies de droit criminelles, tout en garantissant au prévenu toutes les protections traditionnelles. De plus, les juridictions criminelles n'ont pas le personnel ni ne sont équipées pour connaître de ce genre d'affaires. Nos juridictions civiles le sont, et je ne parviens à trouver aucune raison impérieuse pour laquelle elles ne devraient pas trancher les questions relatives à la *Charte* afin d'accorder des réparations de nature civile ou de droit administratif.

Pour ce qui est de la seconde proposition, je partage l'avis de ses défenseurs lorsqu'il s'agit des juges du procès, mais je ne le partage pas dans le cas des juges tenant les enquêtes préliminaires. Je ne vois pas la nécessité, une fois que la distinction entre les voies de recours criminelles et les autres est faite, de faire une autre distinction au sein même du système de droit criminel entre les juges du procès en fonction du tribunal auquel ils siè-

determination of the trial, they already have a plenitude of criminal law remedies available, such as adjournment, bail, ordering disclosure, excluding evidence, entering stays. And I should add that they should not retreat from the development of imaginative and innovative remedies when just and appropriate. As an example, if for some reason the accused's right to a fair trial under s. 11(d) has been violated and the prejudice suffered is that the accused is precluded from adducing certain evidence due to a witness' disappearance, I see no reason why, under certain circumstances, the proper remedy could not be that the judge consider the facts the existence of which would have, to the satisfaction of the judge, been propounded by that witness, as averred.

In support of granting a plenitude of remedial powers to judges sitting at preliminary inquiries, the proponents thereof argue that for some violations, however, because of the nature of the right violated or because of the nature of the violation or both, the just and appropriate remedy is an immediate or an early remedy. Such is often the case in violations of rights guaranteed under s. 11, such as being denied reasonable bail (s. 11(e)), being retried a second time (s. 11(h)). The need for an early remedy is even greater when the violation is of the right to be tried within a reasonable time (s. 11(b)), where the untimeliness of the remedy in a sense becomes itself part of the perpetration of the violation.

One can readily understand that it appears incongruous to tell an accused that he or she must wait until trial to complain about a delay in coming to trial (s. 11(b)). The incongruity would be all the more pronounced were the accused to be directed to the court, whose process was alleged to be biased under s. 11(d); to be told to wait until the end of trial before pleading a previous acquittal or conviction (s. 11(h)); or to be made to stay in jail until trial because of a denial of reasonable bail (s. 11(e)). For these reasons it is argued that

gent. Comme ils détiennent déjà la compétence de statuer définitivement au fond, ils détiennent déjà la plénitude des redressements du droit criminel existants, tels l'ajournement, la libération sous cautionnement, l'ordonnance de communication de pièces, d'exclusion de preuves, la suspension d'instance. Et je devrais ajouter qu'ils ne devraient pas hésiter à développer des réparations imaginatives et innovatrices lorsque cela est juste et convenable. Par exemple, si pour une raison quelconque le droit de l'inculpé à un procès équitable aux termes de l'al. 11d) a été violé et que le préjudice qu'il a subi est d'être incapable de produire certaines preuves par suite de la disparition d'un témoin, je ne vois aucune raison qui interdise que, dans certaines circonstances, la réparation convenable ne consiste en ce que les faits, dont l'existence aurait pu, à la satisfaction du juge, être établie par ce témoin, soient considérés par lui comme avérés.

Pour appuyer l'attribution de la plénitude des pouvoirs de réparation aux juges qui siègent aux enquêtes préliminaires, ses défenseurs soutiennent que, pour certaines violations, cependant, à cause de la nature du droit violé ou de la violation, ou des deux, la réparation juste et convenable doit être immédiate ou intervenir vite. C'est souvent le cas pour les violations des droits garantis par l'art. 11, tels un refus de cautionnement raisonnable (al. 11e)), ou le fait d'être jugé une seconde fois (al. 11h)). La nécessité d'une réparation immédiate est encore plus grande lorsque c'est le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11b)) qui est enfreint, alors que la voie de recours tardive fait en un sens elle-même partie de la perpétration de la violation.

On peut facilement comprendre qu'il serait incongru de dire au prévenu d'attendre le procès pour se plaindre du retard à tenir le procès (al. 11b)). L'incongruité serait encore plus grande si on devait dire au prévenu de s'adresser au tribunal dont les voies de droit seraient entachées de partialité au sens de l'al. 11d); ou que l'affaire suive son cours pour pouvoir enfin alléguer qu'il a déjà été acquitté ou reconnu coupable (al. 11h)); ou de demeurer incarcéré en raison du refus de tout cautionnement raisonnable, jusqu'au moment du

judges at preliminaries should enjoy the full panoply of remedial powers.

It is argued that because provincial court judges have a plenitude of criminal law powers when sitting as trial judges they are quite capable of assuming and dispensing adequately that jurisdiction and that their arsenal of remedies *qua* trial judges should follow them when they sit at preliminaries.

Some have gone the other way and found that the magistrate (provincial court judge) when sitting at a preliminary has no jurisdiction whatsoever, i.e. is not a court of competent jurisdiction to entertain *Charter* applications (*R. v. Sensenstein* (1983), 2 C.R.R. 296 (Ont. Prov. Ct.); *Re Lamberti and Didkowski* (1983), 26 Sask. R. 213 (Q.B.); *Re Regina and Morrison* (1984), 47 O.R. 185 (H.C.) *contra*: *Re Bank of Nova Scotia and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 165 (Sask. C.A.); *R. v. Wilson*, *supra*; *R. v. Coleman*, Alta. Prov. Ct., October 20, 1982, unreported but summarized at 9 W.C.B. 232; *R. v. Kramer*, Sask. Prov. Ct., October 15, 1982, unreported but summarized at 10 W.C.B. 452; *R. v. Bank of Nova Scotia*, Sask. Prov. Ct., December 6, 1982, unreported but summarized at 10 W.C.B. 451; *R. v. Dezwirek*, *supra*; Levy, J. C., *loc. cit.*, at p. 540). The most comprehensive decision on point decision can be found in J. Holland J.'s judgment in *Re Regina and Morrison*, *supra*, where he states at pp. 204-05:

It is my view that the reasoning in *Mills* relating to the question of competent jurisdiction must be seen to be on 'hold'. It is with regret that I state that I am in respectful disagreement with my brother Osborne with respect to his comments on the jurisdiction of the provincial court judge conducting a preliminary inquiry.

The view which I hold is that a provincial court judge conducting a preliminary inquiry is not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the Charter. That judge is not empowered to try the charge but rather, to carry out the express function set in Part XV of the *Criminal Code*. This jurisdiction has been commented upon in many cases.

procès (al. 11e)). C'est pourquoi on soutient que les juges aux enquêtes préliminaires devraient pouvoir jouir de toute la panoplie des pouvoirs de réparation.

On soutient que, comme les juges des cours provinciales possèdent la plénitude des pouvoirs du droit criminel lorsqu'ils siègent à titre de juge du procès, ils sont à même d'assumer et d'exercer adéquatement cette compétence et l'arsenal des réparations à leur disposition en tant que juges du procès devrait les suivre lorsqu'ils siègent aux enquêtes préliminaires.

Certains ont abondé dans l'autre sens et jugé que le magistrat (le juge de la cour provinciale), lorsqu'il siège à l'enquête préliminaire, n'a aucune compétence, c.-à-d. qu'il n'est pas un tribunal compétent pour entendre les demandes fondées sur la *Charte* (*R. v. Sensenstein* (1983), 2 C.R.R. 296 (C. prov. Ont.); *Re Lamberti and Didkowski* (1983), 26 Sask. R. 213 (B.R.); *Re Regina and Morrison* (1984), 47 O.R. 185 (H.C.); *contra*: *Re Bank of Nova Scotia and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 165 (C.A. Sask.); *R. v. Wilson*, précité; *R. v. Coleman*, C. prov. Alb., 20 octobre 1982, non publié mais résumé à 9 W.C.B. 232; *R. v. Kramer*, C. prov. Sask., 15 octobre 1982, non publié mais résumé à 10 W.C.B. 452; *R. v. Bank of Nova Scotia*, C. prov. Sask., 6 décembre 1982, non publié mais résumé à 10 W.C.B. 451; *R. v. Dezwirek*, précité; Levy, J. C., *loc. cit.*, à la p. 540). La décision la plus complète sur le sujet se trouve dans le jugement du juge J. Holland, *Re Regina and Morrison*, précité, dans lequel il dit, aux pp. 204 et 205:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le raisonnement de l'affaire *Mills* concernant la question de compétence doit être considéré «en attente». C'est à regret que j'énonce mon désaccord respectueux avec mon collègue Osborne quant à ce qu'il a dit sur la compétence du juge de la cour provinciale qui procède à l'enquête préliminaire.

Je suis d'avis que le juge d'une cour provinciale qui procède à une enquête préliminaire ne constitue pas un tribunal compétent aux termes du par. 24(1) de la Charte. Ce juge n'a pas le pouvoir de statuer sur l'inculpation, mais plutôt d'exercer la fonction expressément énoncée à la Partie XV du *Code criminel*. Cette compétence a été commentée dans biens des affaires.

He then referred to the cases illustrating the limited jurisdiction enjoyed under the *Criminal Code* by judges conducting a preliminary inquiry. And then further said, at p. 206:

It is beyond dispute, on present authority, that the sole function of a provincial court judge conducting a preliminary inquiry under Part XV and where the charge is valid, is to determine whether the evidence adduced at the inquiry is sufficient to warrant committing the accused for trial. This does not include the right to grant relief on the grounds of s. 11(b) of the Charter.

I conclude here that the judge below committed jurisdictional errors in holding that he was a court of competent jurisdiction and that he was empowered to grant relief under s. 11(b). Accordingly, his decision, made without jurisdiction, must be quashed and the matter remitted back to him to complete the preliminary inquiry according to law.

It would appear from the foregoing that two reasons are invoked for excluding judges who preside at preliminary inquiries from being considered as "courts of competent jurisdiction". The first is that they cannot make a final determination as to guilt and therefore do not enjoy a full panoply of remedial powers. The second is that they should not be given remedial powers under the *Charter* that they do not otherwise have because they do not function in the proper setting for making determinations under s. 24.

I agree that a judge presiding at a preliminary inquiry is not a court of competent jurisdiction for the purpose of granting a remedy under s. 24(1). This finding is subject to one exception however. I am of the view that the preliminary inquiry judge is a court of competent jurisdiction for making a finding under s. 24(1) as regards a violation for the purpose of excluding evidence under s. 24(2).

The purpose of a preliminary inquiry is to determine whether there is admissible evidence that is sufficient to put the accused on trial. That is the judge's sole function. But in discharging this function the judge must address not only the probative value of evidence but also its admissibility in law. The judge does exclude perfectly probative evi-

Il cite alors les affaires illustrant la compétence limitée dont jouissent en vertu du *Code criminel* les juges qui procèdent à une enquête préliminaire. Il ajoute alors, à la p. 206:

^a [TRADUCTION] Il ne fait pas de doute, selon la jurisprudence actuelle, que la seule fonction d'un juge de cour provinciale qui procède à une enquête préliminaire selon la Partie XV, lorsque l'inculpation est valide, consiste à déterminer si les preuves produites à l'enquête sont suffisantes pour justifier l'envoi de l'accusé à son procès. Cela n'inclut pas le droit d'accorder réparation pour les motifs prévus à l'al. 11b) de la Charte.

^b Je conclus en l'espèce que le juge de la juridiction de degré inférieur s'est trompé sur sa compétence en jugeant qu'il constituait un tribunal compétent ayant le pouvoir d'accorder réparation en vertu de l'al. 11b). En conséquence, sa décision, qui excédait sa compétence, doit être cassée et l'affaire doit lui être renvoyée pour qu'il mène l'enquête préliminaire à son terme conformément à la loi.

^c Il semble ressortir de ce qui précède qu'on invoque deux raisons pour ne pas considérer les juges qui président les enquêtes préliminaires comme des «tribunaux compétents». Premièrement, ils ne peuvent pas rendre de décision définitive sur la culpabilité et ils ne bénéficient donc pas de l'entière panoplie des pouvoirs de réparation. Deuxièmement, on ne devrait pas leur confier des pouvoirs de réparation en vertu de la *Charte* qu'ils n'ont pas par ailleurs parce qu'ils n'agissent pas dans le cadre approprié pour rendre des décisions en vertu de l'art. 24.

^d Je suis d'accord pour dire qu'un juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent aux fins d'accorder une réparation aux termes du par. 24(1). Il y a toutefois une exception à cette conclusion. Je suis d'avis qu'un juge à l'enquête préliminaire est un tribunal compétent pour conclure aux termes du par. 24(1) en ce qui a trait à une violation aux fins d'écartier des éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

^e L'enquête préliminaire vise à déterminer s'il y a des éléments de preuve admissibles qui sont suffisants pour renvoyer l'inculpé à son procès. C'est la seule fonction du juge. Mais s'acquittant de sa fonction, le juge doit non seulement examiner la valeur probante des éléments de preuve, mais aussi leur admissibilité en droit. Le juge écarte effective-

dence as inadmissible under exclusionary rules of evidence predicated upon overriding policy considerations. I see no reason why this power to exclude probative evidence for policy reasons cannot equally be exercised under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) is not really remedy oriented though of course its results, when the application is successful, are beneficial to the accused. The concern is one of policy, the protection of the justice system, as are predicated upon policy the exclusion rules that preclude the adduction of perfectly probative evidence.

For those reasons, and to summarize, I am of the view that:

- A court of competent jurisdiction in an extant case is a court that has jurisdiction over the person, the subject matter and has, under the criminal or penal law, jurisdiction to grant the remedy;
- As a general rule, the court of competent jurisdiction is the trial court;
- A judge presiding at a preliminary inquiry is a court of competent jurisdiction to determine whether there has been a violation, but only if the order sought is the exclusion of evidence under s. 24(2).

For some, this would suffice. The trial court would, without exception (for others subject to the exception I am proposing), be the sole court of competent jurisdiction. This view, at first blush, has a certain appeal. It is simple and straightforward, free of a number of cumbersome problems which might otherwise arise. It introduces no additional delays, follows the usual appeal process and avoids any potential jurisdictional conflicts.

Yet what it gains in simplicity it loses in effectiveness. For such a system would not permit early or immediate access to a remedy when such is clearly needed, e.g. under s. 11(e), the right not to be denied reasonable bail, or when delay itself is a perpetuation of the *Charter* violation, e.g. under s. 11(b), the right to be tried within a reasonable

ment des éléments de preuve parfaitement probants parce qu'ils sont irrecevables en vertu des règles d'exclusion de la preuve qui s'appuient sur des considérations de principe impératives. Je ne vois pas pourquoi ce pouvoir d'exclure des éléments de preuve probants pour des raisons de principe ne peut également s'exercer en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le paragraphe 24(2) ne vise pas réellement la réparation bien que, naturellement, ses effets, lorsque la demande est accueillie, soient favorables à l'accusé. Il s'agit d'une question de principe, la protection du système de justice, tout comme les règles d'exclusion, qui empêchent la production d'éléments de preuve parfaitement probants, relèvent de considérations de principe.

Pour ces motifs et en résumé, je suis d'avis que:

- un tribunal compétent dans une affaire est le tribunal compétent *ratione personae* et *ratione materiae* et qui a, en droit criminel ou pénal, compétence pour accorder la réparation;
- en règle générale, le tribunal compétent est le tribunal de première instance;
- un juge qui préside une enquête préliminaire est un tribunal compétent pour déterminer s'il y a eu une violation, mais seulement si le jugement recherché vise l'exclusion d'éléments de preuve aux termes du par. 24(2).

Pour certains, ceci suffirait. La juridiction de jugement serait, sans exception (pour d'autres sous réserve de l'exception que je propose), le seul tribunal compétent. Cette opinion, à première vue, n'est pas sans attrait. Elle est simple et directe, et supprime plusieurs problèmes épineux qui autrement pourraient surgir. Elle n'introduit aucun délai supplémentaire, elle est conforme aux voies d'appel habituelles et évite tout conflit éventuel de juridiction.

Pourtant ce qui est gagné en simplicité est perdu en efficacité. Car un tel système ne permettrait pas d'obtenir réparation immédiatement ou à un stade préliminaire lorsque c'est manifestement nécessaire, par exemple, en vertu de l'al. 11(e), le droit de ne pas être privé d'un cautionnement raisonnable, ou lorsque le délai lui-même perpétue une

time. In such instances, denial of early access to a remedy is, in effect, denial of the “appropriate and just [remedy] in the circumstances”. Denial of early access in such cases must not be countenanced; it would elevate simplicity of procedure above effectiveness of remedy. Simplicity must yield to the greater need for ensuring prompt access to a just, appropriate and effective remedy.

For these reasons, I have come to the conclusion that the preferable, alas somewhat more complex, alternate solution to this problem is to acknowledge:

1—Pre-trial motions to the trial court, and

2—Original concurrent jurisdiction in the superior court, in cases extant before lower courts.

Pre-Trial Motions

As soon as the trial court is determined, in cases where a preliminary inquiry is not to be held and, if one is to be held, as of committal, an accused, alleging before the date set for trial that a s. 11(b) violation has already occurred, must be given access to a judge of the court where his trial will be held, for the purpose of determining whether such a violation has occurred.

This can be done by a system of pre-trial hearings. This could also be achieved through administrative measures whereby the trial date would be advanced and trials commenced earlier than expected, at least for the limited purpose of making that urgent ruling. That is as much as we should say on the matter. These questions are best dealt with locally. What this Court should limit itself to saying is that trial courts should be in some way ready to grant the remedy for a s. 11(b) violation as soon as an accused is entitled thereto and is within the jurisdiction of the trial court.

violation de la *Charte*, par exemple, en vertu de l'al. 11*b*), le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Dans de tels cas, empêcher d'obtenir réparation à un stade préliminaire revient en fait à refuser la réparation «convenable et juste eu égard aux circonstances». Le refus dans ces cas ne doit pas être encouragé; ce serait mettre la simplicité de la procédure au-dessus de l'efficacité de la réparation. La simplicité doit céder devant la nécessité plus grande d'assurer promptement l'obtention d'une réparation juste, convenable et efficace.

Pour ces motifs, j'en suis venu à la conclusion que la solution subsidiaire à ce problème, hélas un peu plus complexe, mais préférable, est de reconnaître:

1—la présentation de requêtes préalables au procès à la juridiction de jugement, et

2—la compétence initiale concurrente de la cour supérieure dans les espèces dont les juridictions de degré inférieur sont saisies.

Requêtes préalables au procès

Dès que la juridiction de jugement est déterminée dans les cas où il n'y a pas d'enquête préliminaire et, s'il y en a une, à compter du renvoi à procès, un accusé, qui allègue avant la date fixée pour le procès que l'al. 11*b*) a déjà été violé, doit pouvoir s'adresser à un juge du tribunal où son procès aura lieu aux fins de déterminer si une telle violation a eu lieu.

Un système d'audition avant procès peut permettre de le faire. On pourrait aussi y parvenir par des mesures administratives qui permettraient d'avancer la date des procès et de les faire débiter plus tôt que prévu, du moins dans le but limité de rendre cette décision urgente. C'est tout ce que nous devrions dire à cet égard. Ces questions sont mieux réglées localement. Ce que cette Cour devrait se limiter à dire est que les juridictions de jugement devraient d'une façon ou d'une autre être prêtes à accorder la réparation correspondant à une violation de l'al. 11*b*) dès qu'un accusé y a droit et qu'il relève de la compétence de la juridiction de jugement.

Concurrent Jurisdiction in the Superior Court

I am not here addressing the superior court's original jurisdiction as a trial court before which the trial of an offence is taking place or to which a person has been committed for trial. In such cases, that court's jurisdiction *qua* trial court, is no different from any other.

I am rather considering whether the superior court of a province is a court of competent jurisdiction for the purpose of an originating application under s. 24(1) where the extant case is pending before an inferior court, and irrespective of whether an application has been made below.

At first glance there might not appear to be a great need for granting concurrent original jurisdiction to the superior court. After all, the *Criminal Code* trial courts have a plenitude of criminal law powers, and whatever is missing in the criminal courts can be found in the civil courts.

Nevertheless, as a matter of principle and for practical purposes, I am in favour of acknowledging constant, complete, and concurrent jurisdiction in the superior court, as some courts seem to have done: *R. v. Vermette (No. 4)* (1982), 1 C.C.C. (3d) 477 (Que. S.C.); *R. v. S. B.*, [1983] 1 W.W.R. 512 (B.C.S.C.); *R. v. Burns* (1982), 2 C.C.C. (3d) 283 (Ont. H.C.); *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 5 C.C.C. (3d) 346 (Ont. H.C.); *Re Rahey and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 385 (N.S.S.C.) and (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (N.S.C.A.) This, however, would be subject to the exercise of restraint, a matter I shall address shortly.

This position arises out of two general principles. First is the premise that one, having a right, must have a court in which to enforce that right and, in the absence of express legislation, that court is the superior court. This principle is well-established in Canadian law and was authoritatively stated by Viscount Haldane in *Board v. Board*, [1919] A.C. 956, at pp. 962-63:

If the right exists, the presumption is that there is a Court which can enforce it, for if no other mode of

Compétence concurrente de la cour supérieure

Je n'examine pas ici la compétence initiale de la cour supérieure en tant que juridiction de jugement statuant sur une infraction ou devant laquelle on envoie un prévenu subir son procès. Dans de tels cas, la compétence de la cour, en tant que juridiction de jugement, ne diffère pas de celle des autres.

Je m'intéresse plutôt au point de savoir si la cour supérieure d'une province constitue un tribunal compétent pour les fins d'une demande directe en vertu du par. 24(1), alors que l'espèce est pendante devant une juridiction de degré inférieur et indépendamment de savoir si un recours a été présenté devant cette dernière.

À première vue, il ne semblerait pas y avoir un grand besoin de conférer compétence initiale concurrente à la cour supérieure. Après tout, les juridictions de jugement du *Code criminel* détiennent la plénitude des pouvoirs de droit criminel et ce qui manque aux tribunaux de l'ordre criminel peut se trouver dans les tribunaux de l'ordre civil.

Quoi qu'il en soit, en principe et pour des raisons pratiques aussi, je suis néanmoins en faveur de reconnaître à la cour supérieure une compétence concurrente, permanente et complète, comme certains tribunaux la lui ont reconnue: *R. c. Vermette*, [1982] C.S. 1006; *R. v. S. B.*, [1983] 1 W.W.R. 512 (C.S.C.-B.); *R. v. Burns* (1982), 2 C.C.C. (3d) 283 (H.C. Ont.); *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General of Canada* (1983), 5 C.C.C. (3d) 346 (H.C. Ont.); *Re Rahey and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 385 (C.S.N.-É.) et (1984), 13 C.C.C. (3d) 297 (C.A.N.-É.) Celle-ci toutefois ne l'exercerait qu'avec réserve, ce dont je vais traiter bientôt.

Ce point de vue découle de deux principes généraux. D'abord on peut poser comme prémisse que le titulaire d'un droit doit pouvoir s'adresser à un tribunal afin de l'exercer et, en l'absence de texte de loi exprès, ce tribunal est la cour supérieure. Ce principe est bien établi en droit canadien; le vicomte Haldane en a donné un exposé faisant autorité dans l'arrêt *Board v. Board*, [1919] A.C. 956, aux pp. 962 et 963:

[TRADUCTION] Si le droit existe, il faut présumer qu'il existe un tribunal pour en assurer l'exercice, car si

enforcing it is prescribed, that alone is sufficient to give jurisdiction to the King's Courts of justice. In order to oust jurisdiction, it is necessary, in the absence of a special law excluding it altogether, to plead that jurisdiction exists in some other Court.

The second principle recognizes the unique character of a constitutional remedy. In such cases a "special law" is not sufficient to oust the jurisdiction of the superior courts, for a constitutional remedy and its accessibility should not in principle be open to statutory limitation. While limitation of the remedial power to inferior courts may well be permissible, this, in my view, can only be possible if the superior court is available to fill the remedial vacuum that would result.

While this gives the legislatures flexibility in creating and in circumscribing the jurisdiction of inferior courts without necessarily attracting review under the *Charter*, such review would surely be triggered were Parliament to attempt any limitation to the jurisdiction of the superior courts. I will now address the practical considerations.

A compelling reason for such concurrent jurisdiction is to give to a person awaiting or during a preliminary inquiry, whose trial court is therefore not yet within reach, a court able to grant remedy. I say "in certain cases" because, for many violations, where there is no prejudice in waiting, the course to be followed will be to let matters progress to the point where the trial court is within reach of the accused, i.e. after committal. The accused would then proceed by seeking early remedy from his trial court or wait for the actual trial. But for those violations the very nature of which commands immediate relief, access to the superior court is essential.

As a matter of principle, I would not limit the superior court's jurisdiction to situations where applications are for a remedy unavailable in the extant court (that will be the case of preliminary

aucun autre mode d'en assurer l'exercice n'est prescrit, cela en soi suffit pour conférer compétence aux cours royales de justice. Pour les priver de leur compétence, il est nécessaire, en l'absence de loi spéciale l'excluant, de plaider que cette compétence a été conférée à quelque autre tribunal.

Le second principe constitue une reconnaissance du caractère unique d'une réparation constitutionnelle. Dans de tels cas, une «loi spéciale» ne suffit pas à priver de compétence les cours supérieures, car une réparation constitutionnelle, de même que la possibilité de la faire valoir, ne devrait pas en principe pouvoir être limitée par une loi. Si la limitation du pouvoir de réparation des juridictions de degré inférieur peut être permise, c'est, à mon avis, seulement possible parce que la cour supérieure est à même de combler la carence qui en résulterait.

Si cela permet une certaine souplesse aux législatures lorsqu'elles créent et circonscrivent la compétence des juridictions inférieures sans nécessairement attirer par là un contrôle en vertu de la *Charte*, ce contrôle serait sûrement déclenché advenant que le Parlement tente de limiter la compétence des cours supérieures. J'en viens maintenant aux questions pratiques.

Un motif impératif pour reconnaître une telle compétence concurrente est qu'on donne ainsi à celui qui attend son enquête préliminaire ou qui la subit, et qui ne peut pas alors s'adresser à la juridiction de jugement, accès à un tribunal qui peut accorder une réparation. Je dis «dans certains cas» parce que, pour bien des violations, lorsque l'attente ne cause pas de préjudice, la voie à emprunter consistera à laisser les choses suivre leur cours jusqu'à ce que l'accusé puisse s'adresser à la juridiction de jugement, c.-à-d., après son renvoi à procès. L'accusé pourra alors rapidement demander réparation à la juridiction de jugement ou attendre le procès proprement dit. Mais pour les violations dont la nature même commande réparation immédiate, l'accès à la cour supérieure demeure essentiel.

En principe, je ne restreindrais pas la compétence de la cour supérieure aux cas où les demandes concernent une réparation que ne peut accorder le tribunal saisi (ce serait le cas des tribunaux

inquiry courts); nor would I find that an unsuccessful application below would be a bar to the court's concurrent original jurisdiction. But I hasten to add with emphasis that this is so subject to the restraints hereinafter set out.

Preference for Trial Court Jurisdiction

In recognizing both original and supervisory jurisdictions in superior courts with respect to s. 24(1) applications I am seeking to give effect to the basic proposition that there should *always* be a court of competent jurisdiction to award such relief as is just and appropriate in the circumstances.

At the same time, however, superior courts will rarely be the only competent court. As a general rule it is the trial court that is not only competent, *but to be preferred in matters arising under the Charter*. Viewed in this light, an unrestrained exercise of this jurisdiction by superior court judges is undesirable in that it could only give way to unnecessary delay or disruption of proceedings.

For these reasons it is necessary that superior courts have a discretion to decline jurisdiction where there is a trial court and that court is competent to award just and appropriate relief. In this way it can be assured that the jurisdiction of superior courts will be invoked only where there is a need for such jurisdiction. The clearest, though not necessarily only, instances when there is a need for the exercise of such jurisdiction have already been suggested: when there is as yet no trial court within reach, and the timeliness of the remedy or the need to prevent a continuing violation of rights is shown; or when it is the process below which is, itself, alleged to be in violation of the *Charter's* guarantees, e.g., an allegation of bias in the court below.

Such a discretion is already well-established with respect to prerogative relief: *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561.

tenant l'enquête préliminaire); je n'estime pas non plus qu'une demande déboutée au niveau inférieur supprimerait la compétence concurrente et initiale de la cour. Mais je m'empresse d'ajouter et de souligner qu'il y a effectivement des limites à ce principe que j'expose ci-après.

Préférence à la juridiction de jugement

En reconnaissant aux cours supérieures une compétence initiale et de surveillance en matière de demandes fondées sur le par. 24(1), je cherche à donner effet à la proposition fondamentale qui veut qu'il y ait *toujours* un tribunal compétent à même d'accorder une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances.

Par ailleurs, cependant, les cours supérieures seront rarement le seul tribunal compétent. En règle générale, c'est la juridiction de jugement qui est non seulement compétente, *mais qui doit être préférée en ce qui concerne les questions découlant de la Charte*. Vu sous cet angle, l'exercice illimité de cette compétence par les juges des cours supérieures n'est pas désirable en ce qu'il ne pourrait qu'occasionner des délais inutiles ou interrompre le cours normal de la procédure.

Pour ces motifs, il est nécessaire que les cours supérieures aient le pouvoir discrétionnaire de décliner leur compétence lorsqu'une juridiction de jugement peut être saisie et que celle-ci détient la compétence d'accorder une réparation juste et convenable. De cette façon, on invoquera la compétence des cours supérieures que si c'est nécessaire. Les cas les plus patents, quoique ce ne soient pas nécessairement les seuls, où il faut que cette compétence soit exercée ont déjà été mentionnés: lorsqu'on ne peut pas encore saisir une juridiction de jugement et qu'il est démontré qu'il faut exercer un recours avec célérité ou qu'il est nécessaire d'empêcher la perpétuation de la violation des droits ou lorsque c'est la juridiction inférieure elle-même qui, allègue-t-on, viole les garanties de la *Charte*, par exemple en cas d'allégation de partialité de la juridiction inférieure.

Un tel pouvoir discrétionnaire est déjà fort bien établi dans le cas des recours de prérogative: *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561.

It has also been applied with respect to writs within the context of *Charter* litigation (*Re Kendall and The Queen, supra*).

Such a discretion is also known to the common law with respect to original jurisdiction under the *Charter* (see for example, *R. v. S. B., supra; Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188 (Ont. C.A.); *R. v. Kohler, supra; Re Pattyson and The Queen, supra*).

Indeed, while acknowledging this concurrent jurisdiction, I share the views expressed in the aforementioned cases that when there is a court available to grant the just and appropriate remedy, or, when the court below has been invited to adjudicate the matter and has done so, the superior court should generally refrain from interfering and should let matters take their course through the normal appeal process. As pointed out by Howland C.J. for the Ontario Court of Appeal in *Re Krakowski and The Queen, supra*, at p. 192:

In most instances it is preferable where the charges are to be tried in the provincial court that the provincial court decide whether the accused has been denied the right to a trial within a reasonable time as guaranteed by the *Charter*. The provincial court is in the position to hear *viva voce* evidence and is familiar with any problems so far as its case-load is concerned. The Supreme Court, on the other hand, might be faced with the difficulty of trying to deal with the matter on the basis of conflicting affidavits. Furthermore, there would be resulting delay if cross-examination of the deponents was required. It is much more satisfactory for the matter to be dealt with at a supervisory or appellate level on the basis of the entire record in the provincial court where all of the relevant issues have been considered in one forum, rather than having been litigated piecemeal.

The provincial court is therefore the court of competent jurisdiction within s. 24(1) of the *Charter* where the appellant should seek his remedy in this case.

I say this because, apart from the fact that the trial courts are usually the best equipped to deal with *Charter* issues arising in extant cases before them, their decisions are eventually open to reconsideration through the ordinary appeal process. In

Il a aussi été appliqué aux brevets dans le cadre d'un litige mettant en cause la *Charte* (*Re Kendall and The Queen, précité*).

a La *common law* connaît aussi un tel pouvoir discrétionnaire relativement à la compétence initiale en vertu de la *Charte* (voir par exemple, *R. v. S. B., précité; Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188 (C.A. Ont.); *R. v. Kohler, précité; Re Pattyson and The Queen, précité*).

D'ailleurs, tout en reconnaissant cette compétence concurrente, je partage les points de vue exprimés dans les affaires susmentionnées: lorsqu'on peut s'adresser à un tribunal pour obtenir une réparation juste et convenable ou, lorsque la juridiction de degré inférieur a été invitée à se saisir de l'affaire et s'en est effectivement saisie, la cour supérieure devrait normalement se garder d'intervenir et laisser les choses suivre leur cours selon la procédure normale d'appel. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Howland de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Krakowski and The Queen, précitée*, à la p. 192:

[TRADUCTION] Dans la plupart des cas, il est préférable, lorsque c'est la cour provinciale qui est saisie, que celle-ci décide si le prévenu n'a pas eu droit à un procès dans un délai raisonnable comme le garantit la *Charte*. La cour provinciale peut entendre les témoignages oraux et connaît l'encombrement de son rôle. La Cour suprême, d'autre part, peut se trouver dans la situation difficile d'avoir à connaître de l'affaire sur le fondement d'affidavits contradictoires. De plus, il y aurait des délais si le contre-interrogatoire des déposants était demandé. Il est beaucoup plus satisfaisant que l'affaire soit réglée par examen judiciaire ou par voie d'appel, alors que tout le dossier de la cour provinciale et tous ces points pertinents auront été examinés par un seul tribunal et non pas réglés par bribes.

La cour provinciale est donc le tribunal compétent aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, advenant que l'appellant l'invoque en l'espèce.

Si je dis cela, c'est que, outre que les juridictions de jugement sont généralement les plus aptes à traiter des questions concernant la *Charte* soulevées en cours d'instance, leurs décisions peuvent éventuellement être révisées par les voies d'appel

determining the exercise of this restraint, I am of the view that we should somewhat extend and adapt to *Charter* issues, (as suggested by Professor J. C. Levy, *loc. cit.*, at p. 537) “A principled doctrine for declining to exercise jurisdiction”, along the lines of *forum non conveniens*.

In private international law, the doctrine of *forum non conveniens* is invoked to decline jurisdiction where there is another forum better able to deal with the matter. The doctrine is only relevant where the plaintiff is presented with a choice of forums in which to pursue his or her claims, and the choice made is one which places undue burdens upon the defendant. The doctrine is well-established in Canadian common law: *Antares Shipping Corp. v. The Ship “Capricorn”*, [1977] 2 S.C.R. 422. While some doubt has been expressed as to its availability in Quebec (see *Southern Pacific Co. v. M. Botner & Sons Inc.*, [1973] R.P. 97 (C.A.); *contra: Canadian Javelin Ltd. (Dans l’affaire de): Plam c. Sparling*, [1979] C.S. 465), I think that a similar doctrine should be available throughout Canada upon an application under s. 24(1).

Indeed, the residual jurisdiction of superior courts ensures that they have such a discretion, and by virtue of s. 24(1), they may and should decline jurisdiction where, in the opinion of the superior court, it is the trial court that is best able to assess and grant that remedy which is “just and appropriate”. Such instances have already been indicated.

The burden should, therefore, be upon a claimant under the *Charter* to establish to the court’s satisfaction that the case is an appropriate one for the superior court’s immediate consideration. When there are proceedings pending or underway in the lower courts, and in the absence of any evidence as to why jurisdiction should be assumed under s. 24, the superior court should generally decline to exercise its jurisdiction.

Section 24(1) and the Prerogative Writs

I do not share the view of some that all decisions as regards *Charter* violations should be character-

ordinaires. Pour décider quand il faut faire preuve d’une telle réserve, je suis d’avis que nous devrions en quelque sorte étendre et adapter aux litiges concernant la *Charte*, (comme le suggère le professeur J. C. Levy, *loc. cit.*, à la p. 537) [TRADUCTION] «Une théorie du principe du refus d’exercice de compétence», similaire à la doctrine du *forum non conveniens*.

En droit international privé, on invoque la doctrine du *forum non conveniens* pour décliner compétence lorsqu’il existe un autre forum mieux à même de connaître de l’affaire. La doctrine ne s’applique que si le demandeur a le choix du forum où faire valoir sa demande et que le choix effectué impose un fardeau indu au défendeur. La doctrine est bien établie en *common law* canadienne: *Antares Shipping Corp. c. Le navire “Capricorn”*, [1977] 2 R.C.S. 422. Si certains doutes ont été exprimés quant à son existence au Québec (voir *Southern Pacific Co. c. M. Botner & Sons Inc.*, [1973] R.P. 97 (C.A.); *contra: Canadian Javelin Ltd. (Dans l’affaire de): Plam c. Sparling*, [1979] C.S. 465), je pense qu’on devrait pouvoir recourir à une doctrine semblable partout au Canada dans le cas de demandes en vertu du par. 24(1).

En effet, la compétence résiduelle des cours supérieures fait en sorte qu’elles détiennent ce pouvoir discrétionnaire et, en vertu du par. 24(1), elles peuvent et doivent décliner compétence lorsque, de l’avis de la cour supérieure, c’est la juridiction de jugement qui est la mieux à même d’évaluer et d’accorder la réparation «convenable et juste». On a déjà indiqué ces cas.

C’est donc à celui qui invoque la *Charte* que devrait incomber de démontrer, à la satisfaction de la cour, que le cas d’espèce justifie de saisir immédiatement la cour supérieure. Lorsqu’une instance est pendante ou en cours devant les juridictions inférieures, et en l’absence de preuve l’autorisant à se présumer compétente en vertu de l’art. 24, la cour supérieure devrait normalement décliner sa compétence.

Le paragraphe 24(1) et les brefs de prérogative

Je ne partage pas l’avis avancé par ceux qui disent que toutes les décisions concernant des vio-

ized as jurisdictional in order to provide access to the superior courts through review by way of the prerogative writs of *certiorari*, prohibition or *mandamus* (Manning, Morris, *op. cit.*, at pp. 477-78; Gold, Alan D., *Annual Review of Criminal Law* (1982), pp. 27-28; *contra*: Levy, J. C., *loc. cit.*, at p. 539; Ewaschuk, E. G., *loc. cit.*, at pp. 70-71). The superior court's concurrent original jurisdiction meets that need. We should not distort our prerogative writs, which have been developed in Canadian law and procedure over time, to become *ipso facto* instruments of review under the *Charter*. The use of such an expanded notion of jurisdictional error would unnecessarily alter the prerogative writ process beyond recognition.

On the other hand, certain *Charter* violations are the result of the manner in which a person is being processed through the criminal courts. Decisions as to whether such violations have or have not occurred, and decisions concerning the appropriate remedies, may also raise a bona fide jurisdictional issue. I find that such is always the case for a violation of an accused's rights under s. 11(b). For reasons I will be expanding upon further on, I am of the view that a person charged has the right not to be tried beyond a reasonable time. Beyond that time no court has jurisdiction to try that person. This includes the right to see the proceedings come to an end, whatever be the stage at which they are. In such cases, is the accused, who is at the preliminary inquiry stage, who is entitled to immediate relief, who does not want to wait till after committal to go to the trial court, and who seeks relief through the prerogative writs confined to that route and its remedial limitations; conversely, is he who seeks relief under s. 24(1) precluded from a right of appeal he would have enjoyed under the writs? Must the accused bring two applications? What about appeal?

As a first observation it is clear that it is not because a jurisdictional error is also a *Charter* violation that a person should be denied access to a traditional common law redress. This would offend s. 26 of the *Charter*:

lations de la *Charte* doivent être qualifiées de décisions relatives à la compétence, ce qui permettrait de saisir les cours supérieures par l'examen judiciaire au moyen des brefs de prérogative de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus* (Manning, Morris, *op. cit.*, aux pp. 477 et 478; Gold, Alan D., *Annual Review of Criminal Law* (1982), pp. 27 et 28; *contra*: Levy, J. C., *loc. cit.*, à la p. 539; Ewaschuk, E. G., *loc. cit.*, aux pp. 70 et 71).
 La compétence initiale concurrente de la cour supérieure répond à ce besoin. Nous ne devrions pas déformer nos brefs de prérogative, développés par le droit canadien et la procédure au cours des âges, pour en faire *ipso facto* des instruments d'examen judiciaire sur le fondement de la *Charte*. L'usage d'une telle notion élargie de l'erreur de compétence déformerait inutilement la procédure des brefs de prérogative.

D'autre part, certaines violations de la *Charte* résultent du traitement que les tribunaux en matière criminelle imposent à une personne. Décider de l'existence ou de l'absence de telles violations et des réparations appropriées peut aussi soulever un conflit réel de compétence. Je constate que c'est toujours le cas lorsqu'il y a violation des droits de l'inculpé en vertu de l'al. 11(b). Pour des raisons que je développerai plus loin, je suis d'avis que l'inculpé a le droit de ne pas être jugé passé un délai raisonnable. Ce délai expiré, aucun tribunal ne détient la compétence *ratione personae* de le juger. Ceci comprend le droit de voir les procédures prendre fin, indépendamment de leur étape.
 Dans de tels cas, l'inculpé qui en est à l'enquête préliminaire, qui a droit à un recours immédiat, qui ne veut pas attendre d'être renvoyé à procès et qui demande réparation en recourant aux brefs de prérogative est-il confiné par ce cheminement et ses réparations limitées ou, à l'inverse, s'il demande réparation en vertu du par. 24(1), perd-il le droit d'appel dont il aurait joui en vertu des brefs? L'inculpé doit-il exercer les deux recours? Qu'en est-il de l'appel?

On fera d'abord observer qu'il est clair que ce n'est pas parce qu'une erreur de compétence constitue aussi une violation de la *Charte* que le justiciable doit se voir refuser l'exercice des voies de recours traditionnels de la *common law*. Ce serait contraire à l'art. 26 de la *Charte*:

26. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada.

An applicant should not lose the right to appeal a decision regarding a jurisdictional error because he or she chose to raise the matter through a s. 24(1) application in order to have access to greater remedial powers.

On the other hand, if a superior court on a writ application is seized of a jurisdictional issue which also constitutes a *Charter* violation I see no purpose, in fact I find some difficulty and practical disadvantages, in dispersing the remedies, in requiring an applicant to bring two proceedings, and possibly two hearings of the same events.

Rather, if the *Charter* violation is one that would also go to jurisdiction under the common law, or is one that would vitiate the courts' jurisdiction to proceed, as I find a s. 11(b) violation to be, a person should be able to seek and obtain full relief in the superior court through an application under s. 24(1) and/or the prerogative writs.

The availability of such a choice leads to difficulties, however, when allegations in issue in one proceeding brought under either a s. 24(1) application or a writ proceeding give rise to a remedy under both the *Charter* and the prerogative writs. Such is also the case when there are two proceedings. Must the applicant proceed to one courtroom to have the lower court decision quashed under the common law by the prerogative writ and then to another in order to obtain such additional remedy as may be just and appropriate under the *Charter*? I think not. I stated at the outset that we should not let procedure stand in the way of a remedy. Therefore, regardless of whether the superior court is exercising its jurisdiction on a s. 24(1) application or on a prerogative writ application, and whether it is in the same, or in distinct proceedings, when the allegations are of a violation that vitiates the court's jurisdiction, as is the case for a violation of s. 11(b), it should

26. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada.

^a Le requérant ne doit pas perdre son droit d'en appeler d'une décision sur la compétence parce qu'il a choisi de recourir au par. 24(1) afin de profiter de voies de droit élargies.

^b D'autre part, si une cour supérieure, au cours d'une demande de bref, est saisie d'une question de compétence qui constitue aussi une violation de la *Charte*, je ne vois aucune raison, en fait j'y vois certaines difficultés et certains désavantages pratiques, de morceler les voies de recours en exigeant que le requérant intente deux procédures, et plaide peut-être à deux audiences concernant les mêmes événements.

^c Au contraire, si la violation de la *Charte* est du genre de celle que la *common law* interpréterait aussi comme une question de compétence, ou qui vicierait le pouvoir des tribunaux de l'entendre, comme à mon avis c'est le cas de la violation de l'al. 11b), le justiciable devrait pouvoir obtenir gain de cause devant la cour supérieure sur le fondement du par. 24(1) ou des brefs de prérogative ou des deux à la fois.

^d Cette possibilité de choix conduit néanmoins à certaines difficultés lorsque les allégations en cause dans la procédure engagée selon le par. 24(1) ou selon un bref de prérogative, donnent lieu à réparation à la fois en vertu de la *Charte* et en vertu des brefs. C'est aussi le cas lorsqu'il y a deux instances. Le requérant doit-il demander dans une salle d'audience la cassation de la décision de la juridiction inférieure sur le fondement de la *common law*, par la voie du bref de prérogative, et ensuite dans une autre salle, afin d'obtenir toute réparation supplémentaire qui pourrait être juste et convenable en vertu de la *Charte*? Je ne le pense pas. J'ai dit dès le début que nous ne devrions pas laisser la procédure faire obstacle à la réparation. Donc, que la cour supérieure exerce sa compétence sur le fondement d'une demande en vertu du par. 24(1) ou sur le fondement d'une demande de bref de prérogative, et que ce soit par une seule procédure ou par des procédures distinctes, lorsque les

act as if both routes had been taken and deal with both aspects at the same time. This simplified procedure will provide access to a full panoply of available remedies within the one hearing, thereby saving time and expense.

Moreover, the discretionary nature of the superior court's jurisdiction in respect of both a s. 24(1) application and that for a prerogative writ should not act as a bar to this simplified procedure. For the exercise of discretion in both applications is guided by similar policy considerations and can be generally expected to yield a similar result.

This procedure does not, however, address the apparent additional difficulty occasioned by the differences in the availability of appeals.

Before addressing that difficulty I should like to stress that what, in practice, will be the best way to accommodate this need for flexibility in order to ensure easy and satisfactory access to the superior courts for *Charter* violations that are also jurisdictional must be finally devised and decided upon by local authority, in this case the superior courts of each province, not to mention the fact that Parliament and the legislatures will probably want to modify the existing system to meet the exigencies of the *Charter*. The superior courts of our country have always demonstrated the greatest of flexibility as regards procedure, acknowledging that it is there to guarantee rights and not to hinder them. Of course *Charter* applicants cannot disregard local practice and rules that have been developed to ensure a fair hearing to all and the ordinate functioning of the court system.

Appeals

As the constitutionality of the charging section in this appeal has not been challenged, the question whether an appeal might lie from an inter-

allégations portent sur une violation qui vicie la compétence de la cour, comme c'est le cas lorsqu'il y a violation de l'al. 11(b), la cour devrait se comporter comme si les deux moyens avaient été utilisés et connaître de ces deux aspects en même temps. Cette procédure simplifiée donnera accès à toute la panoplie des réparations disponibles dans une même audition, économisant ainsi temps et argent.

En outre, la nature discrétionnaire de la compétence de la cour supérieure tant dans le cas d'une demande en vertu du par. 24(1), que dans celui du bref de prérogative, ne devrait pas faire obstacle à cette procédure simplifiée. Car l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans l'une comme dans l'autre est guidé par des considérations de principe similaires permettant de s'attendre, en général, à un résultat semblable.

Une telle procédure ne résoud pas cependant la difficulté apparente supplémentaire que causent les possibilités d'appel différentes.

Avant de résoudre cette difficulté, je voudrais souligner qu'en pratique la meilleure façon de réconcilier le besoin de souplesse, afin d'assurer un accès facile et satisfaisant aux cours supérieures en cas de violations de la *Charte* qui touchent aussi à la compétence, doit être en définitive l'œuvre, tant dans sa conception qu'au niveau de la décision, de l'autorité locale; en ce cas il s'agit des cours supérieures de chaque province, sans oublier que le Parlement et les législatures voudront probablement modifier le système existant pour répondre aux exigences de la *Charte*. Les cours supérieures de notre pays ont toujours fait preuve de la plus grande souplesse en ce qui a trait à la procédure, reconnaissant que son rôle est de protéger les droits et non de les limiter. Les justiciables qui ont recours à la *Charte* ne peuvent évidemment pas passer outre aux règles et usages locaux qui ont été élaborés pour assurer l'audition équitable de tous et le fonctionnement ordonné du système judiciaire.

Appels

Comme la constitutionnalité de l'article sur lequel se fonde l'accusation en l'espèce n'est pas contestée, la question du droit de former appel

locutory decision where the constitutionality of a law has been put in issue need not and should not be decided here. As regards all other cases, I am of the view that, as a general rule, the *Charter* does not confer a right of appeal, nor does it modify the rule that in criminal law there is no appeal from interlocutory findings. In this respect, I agree with the decision of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Morgentaler, supra*, in which it was said, at p. 271:

Section 24(1) does not purport to create a right of appeal or bestow appellate powers on this or any other court. Rather it authorizes those courts which have statutory appellate jurisdiction independent of the *Charter* to exercise the remedial power in s. 24(1) in appropriate cases when disposing of appeals properly brought before the court.

But decisions effectively terminating the proceedings are not, as such, really interlocutory. Such is the case, for example, of a stay of proceedings which has the effect of discontinuing or permanently suspending the proceedings.

In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, Dickson C.J. concluded that a judicially entered stay of proceedings which effectively brings the proceedings to a final conclusion is tantamount to a judgment or verdict of acquittal and subject to appeal by the Crown pursuant to s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*. He also noted, at p. 147, that:

A failure to acknowledge a right of appeal in circumstances where the order finally terminates the proceedings, in particular a stay, would seriously impede a rational and consistent development of *Charter* remedies through the appeal and this, at a very critical time in their development. This is particularly true in the case of a stay of proceedings, which is being used increasingly as a *Charter* remedy.

I should mention however that an appeal lies from a decision to enter a stay only if there was jurisdiction in the court to that effect. Trial courts are so empowered, whilst judges sitting at a preliminary are not. For the latter, review is secured through mandamus. Indeed, mandamus is available to the Crown if a lower court ruling is not

d'une décision interlocutoire, lorsque la constitutionnalité d'une loi a été mise en cause, n'a pas à être tranchée en l'espèce et ne devrait pas l'être. Dans tous les autres cas, je suis d'avis qu'en règle générale la *Charte* ne confère pas de droit d'appel, pas plus qu'elle ne modifie la règle voulant qu'en droit criminel on ne peut interjeter appel des décisions interlocutoires. À cet égard, je souscris à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Morgentaler*, précité, où il est dit, à la p. 271:

[TRADUCTION] Le paragraphe 24(1) n'a pas pour objet de créer un droit d'appel ni de conférer une compétence d'appel à cette cour ou à une autre. Il autorise plutôt les tribunaux qui possèdent une compétence d'appel prévue par la loi, indépendamment de la *Charte*, à exercer leur pouvoir d'accorder réparation selon le par. 24(1) dans les cas appropriés lorsqu'ils tranchent les appels régulièrement interjetés devant eux.

Mais les décisions qui mettent effectivement fin à l'instance ne sont pas, à ce titre, interlocutoires. C'est par exemple le cas d'une suspension d'instance qui a pour effet d'arrêter ou de suspendre de façon permanente les procédures.

Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, le juge en chef Dickson a conclu qu'une suspension d'instance prononcée par un tribunal, qui met effectivement fin aux procédures, équivaut à un jugement ou à un verdict d'acquiescement dont le ministère public peut interjeter appel en vertu de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*. Il souligne aussi à la p. 147:

La non-reconnaissance d'un droit d'appel dans des circonstances où l'ordonnance met fin définitivement aux procédures, dans le cas notamment d'une suspension, entraverait sérieusement l'élaboration rationnelle et logique de redressements fondés sur la *Charte* au moyen du processus d'appel et ce, à un moment très critique de leur élaboration. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une suspension d'instance qui est de plus en plus utilisée à titre de redressement fondé sur la *Charte*.

Je devrais cependant mentionner qu'il n'est possible d'interjeter appel d'une décision prononçant une suspension que si le tribunal possédait la compétence pour ce faire. Les tribunaux de première instance ont ce pouvoir, mais pas les juges qui siègent aux enquêtes préliminaires. Pour ces derniers, l'examen judiciaire s'obtient par *mandamus*.

subject to appeal and has the effect of terminating the proceedings (*Government of the Republic of Italy v. Piperno*, [1982] 1 S.C.R. 320; *Bolduc v. Attorney General of Quebec*, [1982] 1 S.C.R. 573; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, aff'g (1975), 25 C.C.C. (2d) 555 (B.C.C.A.); *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.))

Hence, as a general rule, there is no appeal from an interlocutory decision on a *Charter* issue except where the decision has the effect of terminating the extant proceedings.

While stays, and their appeals are not a problem, the real difficulty, to which I have already alluded, is in those cases where the allegations in issue before the superior court give rise to a remedy under both the *Charter* and the prerogative writs. For, there will be only a limited right of appeal on interlocutory *Charter* decisions, but a full right of appeal under the prerogative writs. Indeed, while the findings of the jurisdictional error and of a *Charter* violation arise out of the same facts, and, as such, when disregarding the vehicle chosen are open to appeal, at the remedial end of things only those remedies that would flow from a writ could be said to be open to appeal. Such a result, a truncated review of the remedy, is undesirable.

It could, for example, lead to a situation in which two contradictory decisions would be left standing. That portion of the superior court's disposition of the whole matter quashing the lower court decision on the basis of the prerogative writ power could be overturned by the court of appeal. Yet the other portion granting an affirmative remedy on the basis of s. 24(1) would be left standing. Hence the parties could be placed in the impossible position of having to comply with two valid, but contradictory, decisions.

The difficulty is compounded by the fact that, at the moment of decision, remedies under s. 24(1)

En vérité, Sa Majesté peut recourir au *mandamus* si une juridiction de degré inférieur rend une décision dont on ne peut interjeter appel et qui a pour effet de mettre fin à l'instance (*Gouvernement de la République d'Italie c. Piperno*, [1982] 1 R.C.S. 320; *Bolduc c. Procureur général du Québec*, [1982] 1 R.C.S. 573; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, confirmant (1975), 25 C.C.C. (2d) 555 (C.A.C.-B.); *Re Regina and Beason* (1983), 7 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.))

Ainsi, en règle générale, on ne peut interjeter appel d'un jugement interlocutoire sur une question régie par la *Charte* sauf lorsque la décision a pour effet de mettre fin à l'instance.

Si les suspensions d'instance et les appels à leur sujet ne causent pas de problème, la vraie difficulté, à laquelle j'ai déjà fait allusion, surgit dans les affaires où le litige dont est saisie la cour supérieure donne lieu à réparation tant en vertu de la *Charte* que des brefs de prérogative. En effet, il n'y aura qu'un droit limité d'appel des jugements interlocutoires relatifs à la *Charte*, mais plein droit d'appel en vertu des brefs de prérogative. Alors que les conclusions d'erreur de compétence et de violation de la *Charte* découleraient des mêmes faits, et, en tant que telles, si l'on ne se préoccupe pas du moyen choisi, peuvent faire l'objet d'un appel, lorsqu'on en arrive aux réparations, seules celles qui découlent d'un bref peuvent être considérées comme susceptibles d'appel. Un tel résultat, un examen tronqué de la réparation n'est pas désirable.

Cela pourrait, par exemple, conduire à une situation dans laquelle deux décisions contradictoires demeureraient applicables. La portion de la décision de la cour supérieure cassant la décision de la juridiction de degré inférieur par le recours aux pouvoirs du bref de prérogative, pourrait être infirmée par la cour d'appel. Cependant l'autre portion, celle qui accorde une réparation positive en vertu du par. 24(1), demeurerait exécutoire. Ainsi les parties seraient placées dans l'impossible situation d'avoir à respecter deux décisions valides mais contradictoires.

La difficulté est accrue du fait qu'au moment de la décision, la réparation aux termes du par. 24(1)

and the prerogative writs become inextricably fused. The remedy for jurisdictional error is often to quash the lower court decision. At the same time, in cases where the violation is the result of a decision below, or where the court below has been called upon to make a determination as regards that type of violation, any remedy under s. 24(1) would then, as a necessary first step, quash the lower court judgment. Thus, the quashing of the lower court judgment is at once the remedy for jurisdictional error and an indissociable part of the *Charter* remedy. Any attempt, for appeal purposes, to isolate the one remedy from the other therefore becomes an artificial exercise, given that the quashing of the lower court judgment is common to both. How then, can one salvage desirable accessibility to *Charter* remedies and procedural flexibility and reconcile this fusion of the two remedies with the differences in the appeal process?

Common sense and policy suggest that, in such circumstances, the appeal process must be harmonized. This can be achieved in one of three ways. We could put an end to the appeal under the prerogative writs when they become inextricably bound up in the *Charter* remedy. To do so, however, would run counter to the principle enunciated in s. 26 of the *Charter*. To eliminate or restrict an existing right of appeal such as that found in s. 719(1) of the *Criminal Code*, (the text of which is, in any event, clear and unequivocal as to a general and unrestricted right of appeal) for the simple expedient of harmonizing a common law remedy with s. 24(1) of the *Charter* is, as far as I am concerned, out of question. Furthermore, preserving an appeal of a decision regarding the integrity of the court's process is, for policy reasons, highly desirable.

We could restrict a person and put him or her to his or her choice between the common law remedy through writs and the *Charter* remedy. I have already discarded that approach. I cannot imagine a person's ancient and historical access to the

et celle selon les brefs de prérogative deviennent alors inextricables. L'erreur sur la compétence est souvent sanctionnée par la cassation de la décision de la juridiction de degré inférieur. Dans le même temps, dans les cas où la violation est le fait d'une décision à un degré inférieur, ou lorsque la juridiction de degré inférieur a eu à décider de ce genre de violation, toute réparation en vertu du par. 24(1), dans un premier temps, comporterait nécessairement alors cassation du jugement de la juridiction inférieure. Ainsi, la cassation du jugement de la juridiction inférieure constitue à la fois la voie de droit en cas d'erreur de compétence et une partie indissociable de la voie de droit selon la *Charte*. Toute tentative, aux fins d'appel, d'isoler une voie de droit de l'autre devient donc un exercice artificiel étant donné que la cassation du jugement de la juridiction de degré inférieur est commune aux deux. Comment donc peut-on sauvegarder l'accès souhaitable aux voies de droit de la *Charte* et la souplesse de la procédure et comment réconcilier cette fusion des deux voies de droit avec des procédures d'appel différentes?

Le bon sens et les considérations de principe suggèrent, dans de telles circonstances, d'harmoniser la procédure d'appel. On peut y arriver de trois façons. Nous pourrions supprimer l'appel dans le cas des brefs de prérogative lorsqu'ils sont inextricablement liés aux voies de droit de la *Charte*. Ce serait cependant contraire au principe énoncé à l'art. 26 de la *Charte*. Éliminer ou restreindre un droit d'appel existant comme celui prévu au par. 719(1) du *Code criminel* (dont le texte est d'ailleurs clair et sans équivoque quant à l'existence d'un droit d'appel général et illimité) simplement en vue d'harmoniser les voies de droit de la *common law* avec le par. 24(1) de la *Charte* est, en ce qui me concerne, hors de question. De plus, la préservation d'un droit d'interjeter appel d'une décision concernant l'intégrité de la procédure judiciaire est, selon les considérations de principe, hautement désirable.

Nous pourrions restreindre la liberté d'action du justiciable et le forcer à choisir entre les voies de droit de la *common law*, les brefs, et celui de la *Charte*. J'ai déjà rejeté cette démarche. Je ne puis imaginer restreindre le droit, ancien et historique,

Queen's courts through writs being restricted as a result of the coming into force of the *Charter*. If anything, access should be enhanced not restricted, let alone denied.

Though this approach would address the legitimate concern of some that the review of certain interlocutory decisions under the *Charter* through a jurisdictional challenge would open the "flood-gates" of litigation and invite abuse, such risks were present absent the *Charter*. Challenges of interlocutory findings have always been available by the mere allegation of jurisdictional error. I do not know of any significant abuse in this area in the past on the part of the Bar. Were such a right of review and appeal abused with the introduction of the *Charter*, which I do not expect, other mechanisms of control are available which do not seriously erode common law rights.

Although conscious of the fact that it is not without some difficulty, I find nevertheless that the only acceptable alternative is to acknowledge a wider scope of remedies reviewable on appeal of a jurisdictional finding. In those cases which give rise to both a common law remedy for jurisdictional error or for a violation affecting the extant court's jurisdiction and to a *Charter* remedy, which I find is always the case with respect to a determination under s. 11(b), all remedies may be considered, whatever the vehicle chosen. Given built-in constraints, this, in my view, is the preferable solution. It recognizes the fusion of the two remedies, it seeks to harmonize the appeal process without infringing common law rights and does not introduce delays additional to those already present in the criminal justice process.

Summary

To summarize, given the length and the complexity of this first portion of the opinion I would state the following:

—A court of competent jurisdiction is a court that has jurisdiction over the

du justiciable de s'adresser aux cours royales par la voie des brevets à cause de l'entrée en vigueur de la *Charte*. S'il faut faire quelque chose, c'est élargir l'accès à la justice, non le restreindre, encore moins le nier.

Bien que cette démarche réponde aux craintes légitimes de certains, qui voient dans l'examen de certaines décisions interlocutoires en vertu de la *Charte*, au moyen d'un déclinatoire de compétence, la porte ouverte à un flot de litiges et une invitation aux abus, de tels dangers existaient avant la *Charte*. La contestation des jugements interlocutoires a toujours été possible par simple allégation d'erreur de compétence. Que je sache, il n'y a pas eu d'abus significatif dans ce domaine par le passé de la part des avocats. Dans le cas où ce droit à l'examen et à l'appel feraient l'objet d'abus avec l'introduction de la *Charte*, ce qui me surprendrait, d'autres mécanismes de contrôle existent qui n'érodent pas sérieusement les droits que confère la *common law*.

Quoique conscient que cela ne se fera pas sans difficulté, je conclus néanmoins que la seule option acceptable est de reconnaître une portée plus large aux voies de droit révisables en appel d'une décision sur la compétence. Dans les affaires qui donnent lieu à la fois aux recours de la *common law* en cas d'erreur de compétence ou de violation portant atteinte à la compétence existante de la cour et à ceux de la *Charte*, ce qui, je le constate, est toujours le cas d'une décision fondée sur l'al. 11(b), toutes les formes de réparation peuvent être prises en considération, quel que soit le moyen choisi. Étant donné les contraintes inhérentes, c'est à mon avis la solution préférable. Elle reconnaît la fusion des deux recours, elle tente d'harmoniser la procédure d'appel sans porter atteinte aux droits reconnus par la *common law* et elle n'ajoute pas de délais supplémentaires à ceux que connaît déjà la justice criminelle.

Résumé

Pour résumer, vu la longueur et la complexité de cette première partie de l'opinion, je dirais ce qui suit:

—le tribunal compétent est celui qui a compétence *ratione personae* et *ratione*

- person and the subject matter, as well as jurisdiction to order, under the criminal or penal law, the remedy sought pursuant to the *Charter*;
- a* —As a general rule, when there is an extant case, the court of competent jurisdiction is the trial court, and that court enjoys the full panoply of criminal law remedial powers;
- b* —Magistrates sitting at preliminary hearings are not courts of competent jurisdiction for the purpose of granting remedy under s. 24(1);
- c* —Magistrates sitting at preliminary inquiries are courts of competent jurisdiction to determine under s. 24(1) whether a violation has occurred for the purpose of excluding evidence under s. 24(2);
- d* —As soon as the trial court is determined, in cases where no preliminary inquiry is to be held, or if so, as soon as possible after committal, an accused alleging that a s. 11(*b*) violation has occurred must be afforded a hearing under s. 24(1) before a judge of the court where his trial is to be held;
- e*
- f* —Irrespective of whether or not an application has been made to the extant inferior court, the superior court has a concurrent original jurisdiction; but the superior court has a discretion to decline the exercise of that jurisdiction and will usually leave to the normal trial process and its appeal system the dispensation of *Charter* remedies;
- g*
- h* —Some violations of *Charter* rights affect the jurisdiction of an extant court;
- i*
- A violation under s. 11(*b*) is jurisdictional, and a finding as regards that violation is jurisdictional in nature;
- j*
- When, in an inferior court, there arises both jurisdictional and *Charter* issues, as *materiae* pour ordonner, en vertu du droit criminel ou pénal, la réparation demandée en vertu de la *Charte*;
- en règle générale, lorsqu'il y a une affaire en cours, c'est le tribunal de première instance qui est compétent et ce tribunal jouit de toute la panoplie des pouvoirs de réparation du droit criminel;
- les magistrats qui siègent aux enquêtes préliminaires ne sont pas des tribunaux compétents aux fins d'accorder une réparation en vertu du par. 24(1);
- les magistrats qui siègent aux enquêtes préliminaires sont des tribunaux compétents pour déterminer en vertu du par. 24(1) s'il y a eu une violation aux fins d'écarter des éléments de preuve aux termes du par. 24(2);
- dès que le tribunal de première instance est déterminé dans les affaires où il n'y a pas d'enquête préliminaire, ou s'il y en a une, aussitôt que possible après le renvoi à procès, on doit accorder à l'accusé qui allègue une violation de l'al. 11*b*) une audition en vertu du par. 24(1) devant un juge du tribunal où son procès doit avoir lieu;
- indépendamment de savoir si une demande a été présentée devant le tribunal de degré inférieur, la cour supérieure a compétence concurrente en première instance; mais la cour supérieure a le pouvoir discrétionnaire de décliner cette compétence et laissera habituellement l'attribution des réparations selon la *Charte* au mécanisme normal du procès et de l'appel;
- certaines violations des droits garantis par la *Charte* touchent à la compétence du tribunal saisi;
- une violation aux termes de l'al. 11*b*) touche à la compétence et une conclusion à cet égard est une conclusion sur la compétence de par sa nature;
- lorsque, devant une juridiction de degré inférieur, on soulève à la fois des ques-

is the case as regards violations to s. 11(b), a person may seek relief in the superior court under either s. 24(1) or the prerogative writs, or both;

- An application to a superior court alleging a jurisdictional violation, is for remedial purposes, to be considered an application under s. 24(1), and, for appeal purposes under s. 719 of the *Criminal Code*, to be considered an application for the issuance of a writ, and, upon such appeal all remedies are open to review;
- This is an exception to the general rule that there is no appeal from an interlocutory decision in criminal matters except where the decision has the effect of terminating the proceedings, such as, for example, the entering of a stay of proceedings.

Application of Principles

This is the first time this Court is invited to address s. 24(1) in more than an incidental way. The jurisdiction of courts in our criminal justice system and the mechanisms of review and of appeal are far from simple, as is well illustrated by the analysis of the procedures and judgments at the beginning of this opinion.

They are largely the product of history and of attempts to meet the exigencies of more recent times.

Any attempt to insert within the system a new recourse, such as that contemplated by s. 24(1) of the *Charter*, cannot be simple and the result can, at best, be no simpler than without the *Charter*.

Therefore in applying the suggested rules to the facts of this case, I have gone beyond what is strictly necessary to dispose of this appeal, in order to illustrate and thereby, hopefully, facilitate an understanding of them in a concrete setting.

Judge Baker, when holding the preliminary inquiry, was not a court of competent jurisdiction

tions de compétence et des questions relatives à la *Charte*, comme dans le cas des violations de l'al. 11b), un justiciable peut s'adresser à la cour supérieure en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ou des brefs de prérogative ou des deux;

- une demande à la cour supérieure alléguant une violation de compétence doit être considérée, aux fins de la réparation, comme une demande en vertu du par. 24(1) et, aux fins d'appel, en vertu de l'art. 719 du *Code criminel*, comme une demande de bref et, en appel, toutes les décisions sont susceptibles d'examen;
- il s'agit d'une exception à la règle générale voulant qu'il n'y ait pas d'appel d'un jugement interlocutoire en matière criminelle à moins que la décision ait pour effet de mettre fin à l'instance, comme, par exemple, l'inscription d'une suspension d'instance.

e Application des principes

C'est la première fois que cette Cour est saisie du par. 24(1) autrement qu'incidemment. La compétence de nos juridictions répressives et les mécanismes d'examen judiciaire et d'appel sont loin d'être simples, comme l'illustre fort bien l'analyse des procédures et des jugements faite au début de cette opinion.

Elles sont largement le produit de l'histoire et des tentatives faites pour répondre aux exigences des temps plus récents.

Toute tentative d'insérer dans le système un nouveau recours, comme celui qu'envisage le par. 24(1) de la *Charte*, ne saurait être simple et le résultat ne peut, au mieux, être plus simple qu'avant la *Charte*.

Donc, pour appliquer les règles proposées aux faits de l'espèce, je suis allé au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour trancher le pourvoi afin d'illustrer et par le fait même, espérons-le, faciliter leur compréhension dans un cadre concret.

Lorsque le juge Baker a procédé à l'enquête préliminaire, il ne constituait pas un tribunal com-

to grant remedy under s. 24(1). Therefore, the accused should not have addressed his request for remedy to Judge Baker. That remedy was available to the accused in one of two ways. The accused could have waited for committal, and, if committed and as of then, could have asked to be given access to a judge of the court where his trial was to be held and made a pre-trial motion seeking a stay of proceedings. It would be open to the judge to hear the motion or, depending upon the circumstances, defer the matter to when the trial will actually be held. (If he heard the pre-trial motion and entered a stay the Crown could have appealed to the Court of Appeal of Ontario. The same applies if the stay is entered at the actual trial). If having gone there, applicant accused was unsuccessful, he could go to the Supreme Court and seek relief (unless, perhaps, his trial court was in the Supreme Court). This would however be a case where that court would be called upon to weigh the urgency of the matter and the prejudice to the accused against interfering with a trial court's decision, especially in the light of the availability of an appeal at the end of the trial. Much would then depend upon whether there is any urgency or whether the trial court process is itself perpetuating the violation by precluding the accused from having his trial and access to the appeal court.

The other route open to the accused in this case was the one he actually followed, if one sets aside his first move before Judge Baker. He did not need and should not be expected to wait for committal in order to go to his trial court. He could, as he did, make an application under s. 24(1) to the Supreme Court seeking his remedy and that is the better route when a violation of s. 11(b) rights is complete at any stage prior to committal. With respect, Osborne J. was wrong in deciding to the contrary. He could also seek relief through prerogative writ in separate or in the same proceedings, as he chose to do, because the violation he alleged, being of his rights under s. 11(b), went to jurisdiction; and he could on the writ, ask for a complete remedy under the *Charter*. He need not have brought two applications. Either one enabled

peuvent pour accorder une réparation selon le par. 24(1). Donc, l'inculpé n'aurait pas dû s'adresser au juge Baker pour obtenir cette réparation. L'inculpé pouvait l'obtenir de l'une des deux façons suivantes. L'inculpé aurait pu attendre d'être renvoyé à son procès, puis, dans ce cas, il aurait pu demander d'avoir accès à un juge du tribunal chargé d'instruire son procès et présenter une requête avant jugement concluant à une suspension d'instance. Le juge aurait alors pu instruire la requête ou, selon les circonstances, la reporter au moment du procès. (S'il avait choisi d'instruire la requête avant le procès et avait prononcé la suspension, la poursuite aurait pu en appeler à la Cour d'appel de l'Ontario. Il en aurait été de même si la suspension avait été prononcée lors du procès.) Si, ceci fait, le requérant inculpé n'avait pas eu gain de cause, il aurait pu s'adresser à la Cour suprême (à moins peut-être que la première instance ait été dans son cas la Cour suprême). Il s'agirait alors cependant d'une espèce où cette cour aurait eu à soupeser l'urgence de l'affaire et le préjudice susceptible d'être subi par l'inculpé d'une part, et les désavantages d'intervenir dans une décision de la juridiction de première instance alors qu'il y aura possibilité d'appel au terme du procès. Cela dépendrait alors beaucoup de l'urgence ou d'une éventuelle perpétuation, par la procédure de première instance elle-même, de la violation en empêchant le prévenu d'avoir son procès et d'avoir accès à la Cour d'appel.

L'autre moyen ouvert à l'inculpé en l'espèce était celui qu'il a effectivement utilisé, si l'on met de côté sa première requête au juge Baker. Il n'avait pas besoin d'attendre son renvoi à procès pour s'adresser à la juridiction de première instance, et on ne devait pas escompter qu'il attende. Il pouvait, comme il l'a fait, s'adresser, en vertu du par. 24(1), à la Cour suprême pour obtenir réparation, ce qui constitue le meilleur moyen de procéder lorsqu'une violation des droits accordée par l'al. 11(b) a eu lieu à tout stade antérieur au renvoi à procès. En toute déférence, le juge Osborne a eu tort de décider le contraire. Il pouvait aussi chercher réparation par la voie du bref de prerogative dans la même procédure ou dans des procédures distinctes, à son gré, parce que la violation alléguée de ses droits en vertu de l'al. 11(b) touchait à la

Osborne J. to deal fully with both aspects of the violation.

It was open to Osborne J. to decline to grant relief and let matters make their way to within reach of the trial court to be dealt with there. But, given the nature of the violation (jurisdictional), and time being of the essence when considering a remedy, Osborne J. was, in my respectful view, right in exercising his discretion by choosing to decide the matter.

Dependent upon local practice, a matter this Court should refrain from interfering with, Osborne J. could have, if his being in motions court was a practical impediment to his addressing the *Charter* issue, *qua Charter* application, sent the matter to the more appropriate division of his court. In any event he did approach the procedural aspect of the situation with the usual flexibility one finds in our superior courts, and addressed both issues under the writ applications.

Since the violation alleged was of the accused's s. 11(b) rights, and the decision as regards that violation was therefore jurisdictional, it was open to appeal under s. 719 on either the s. 24(1) application or the writ. In passing, and again to illustrate, had there not been writ proceedings alleging loss of jurisdiction for abuse of process, Osborne J.'s decision on the *Charter* would still have been subject to appeal, for the *Charter* application being in relation to an alleged s. 11(b) violation, Osborne J.'s decision was, for appeal purposes, tantamount to one regarding an application for a writ.

The Court of Appeal's judgment was as follows:

We are not persuaded that Osborne J. erred in the conclusion that, in the circumstances of this case, the appellant's constitutional right to be tried within a reasonable time has not been violated and that the delay for which the Crown is responsible did not give rise to relief under the doctrine of abuse of process. The learned motions court judge was of the opinion that the

compétence; et il pouvait, par un bref, demander réparation complète en vertu de la *Charte*. Il n'avait pas à faire deux demandes. L'une ou l'autre permettait au juge Osborne d'examiner à fond les deux aspects de la violation.

Le juge Osborne pouvait aussi refuser d'accorder une réparation et laisser l'affaire suivre son cours jusqu'au stade du tribunal de première instance qui en connaîtrait. Mais, vu la nature de la violation (compétence), et que les délais sont fondamentaux en matière de réparation, le juge Osborne était, à mon humble avis, fondé à exercer son pouvoir discrétionnaire et à choisir de statuer sur la question.

Selon les habitudes locales, et cette Cour ne devrait pas intervenir là-dedans, le juge Osborne aurait pu, si, en tant que cour des requêtes, il y avait des obstacles pratiques à ce qu'il connaisse d'un litige relatif à la *Charte* en tant que tel, renvoyer l'affaire à une section plus appropriée de la cour dont il fait partie. Quoi qu'il en soit, il a abordé la question de procédure en l'espèce avec la souplesse habituelle de nos cours supérieures et s'est saisi des deux questions sur le fondement des brefs demandés.

Comme la violation alléguée visait les droits de l'inculpé selon l'al. 11b), et que la décision concernant la violation portait donc sur la compétence, elle pouvait être portée en appel en vertu de l'art. 719 qu'il s'agisse d'une demande selon le par. 24(1) ou du bref. En passant, et encore une fois pour illustrer, si la procédure n'avait pas été intentée par un bref alléguant incompétence pour abus des voies de droit, la décision du juge Osborne concernant la *Charte* aurait néanmoins été susceptible d'appel car, la demande fondée sur la *Charte* étant relative à une prétendue violation de l'al. 11b), ladite décision équivalait, pour fins d'appel, à une demande de bref.

L'arrêt de la Cour d'appel est le suivant:

[TRADUCTION] Nous ne sommes pas convaincus que le juge Osborne a eu tort de conclure que, dans les circonstances de l'espèce, le droit constitutionnel de l'appellant d'être jugé dans un délai raisonnable n'avait pas été violé et que le retard dont la poursuite est responsable ne donne pas lieu à un recours fondé sur la doctrine de l'abus des voies de droit. Le juge de la cour

justice presiding at the preliminary Inquiry pursuant to Part XV of the *Criminal Code* is a court of competent jurisdiction to consider an alleged violation of s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We prefer not to express an opinion, in this case, on this question of jurisdiction. For these reasons, the appeal is dismissed.

What is now before us, given that abuse of process as a ground was abandoned in this Court, is whether Osborne J. erred in his decision finding no violation of the accused's *Charter* rights under s. 11(b).

The Facts Relevant to the Jurisdictional Issue and to the Alleged Violation of s. 11(b)

In 1973, Mills was sentenced to eight years in the penitentiary for his involvement in a robbery. On March 8, 1976, Mills escaped custody and a warrant was issued for his arrest. About one year later, while Mills was still unlawfully at large, another warrant for his arrest was issued for an armed robbery in Sarnia. The following month, on March 21, 1977, Mills was arrested in London, Ontario. The next day, March 22, he appeared in Court on the Sarnia hold-up charge under the name of John Blake. Since his true identity was not known at that time, the outstanding warrant for his escape was not executed and, instead of being sent back to the penitentiary he was granted judicial interim release on the Sarnia charge.

On March 30, 1977, an information was sworn and a warrant issued against Mills alleging a hold-up in London on March 24. That is the information we are concerned with in this appeal.

Mills jumped bail on the Sarnia charge and it is only on or about October 18, 1979, that he was arrested in Nova Scotia by the Amherst Police. They notified the London Police, who in turn notified the Sarnia Police. The police forces agreed that the Sarnia charge would be dealt with first, then the London charge. He was therefore sent to Sarnia on or about October 18, 1979. On December 28, 1979, Mills' attorney advised the London Police that Mills was in Sarnia on a charge and that he would "like to clear up the London matter". A few days later, on January 4, 1980, Inspec-

des requêtes a été d'avis que le juge de paix, qui présidait l'enquête préliminaire en vertu de la partie XV du *Code criminel* constituait un tribunal compétent pour connaître d'une violation prétendue de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous préférons n'exprimer aucune opinion en l'espèce sur cette question de compétence. Par ces motifs, l'appel est rejeté.

Ce dont nous sommes saisis, vu que l'abus des voies de droit a été abandonné devant nous, est de savoir si le juge Osborne a eu tort de juger qu'il n'y avait pas violation des droits de l'inculpé conférés par l'al. 11b) de la *Charte*.

Les faits pertinents en matière de compétence et de violation prétendue de l'al. 11b)

En 1973, Mills est condamné, pour sa participation à un vol qualifié, à huit années de pénitencier. Le 8 mars 1976, Mills s'évade et un mandat d'arrestation est lancé contre lui. À peu près un an plus tard, alors que Mills est toujours illégalement en liberté, un autre mandat d'arrestation est lancé contre lui pour vol à main armée à Sarnia. Le mois suivant, le 21 mars 1977, Mills est arrêté à London en Ontario. Le lendemain, le 22 mars, il comparait en justice pour l'affaire du vol à main armée de Sarnia sous le nom de John Blake. Comme sa véritable identité est inconnue à l'époque, le mandat toujours en vigueur relatif à son évasion n'est pas exécuté et, au lieu d'être renvoyé au pénitencier, il obtient une libération judiciaire provisoire relativement à l'inculpation de Sarnia.

Le 30 mars 1977, une dénonciation sous serment est faite et un mandat lancé contre Mills relativement au vol à main armée du 24 mars à London. Il s'agit de la dénonciation en cause dans ce pourvoi.

Mills enfreint son cautionnement relatif à l'inculpation de Sarnia et ce n'est que vers le 18 octobre 1979 qu'il est arrêté, en Nouvelle-Écosse, par les policiers d'Amherst. Ils avisent la police de London qui, à son tour, avise la police de Sarnia. Les forces policières conviennent alors que l'inculpation de Sarnia sera instruite la première, suivie de celle de London. Il est donc conduit à Sarnia vers le 18 octobre 1979. Le 28 décembre 1979, l'avocat de Mills avertit la police de London que Mills est à Sarnia, où il est inculpé, et qu'il désire [TRADUCTION] «se débarrasser de l'affaire de

tor Robinson acknowledged receipt of the letter and said that he would be ready when the Sarnia matter was terminated. There is at this point some confusion as regards what in fact happened with respect to the Sarnia charge.

According to the Crown, on February 28 and 29, 1980, a preliminary was held in Sarnia dealing with three charges, the Sarnia hold-up, a charge for being unlawfully at large and one for acknowledging an instrument in the name of another (s. 363 of the *Criminal Code*). Mills was committed for trial on the robbery, pleaded guilty to being unlawfully at large and sentenced to four months to be served consecutively to his penitentiary term, and discharged of the s. 363 charge. Always according to the Crown, on April 2, 1980, an indictment was presented in the General Sessions of the Peace. The case was adjourned to the fall sittings, apparently on consent. Defence counsel was not present. Sometime between April and December defence counsel was advised by the Sarnia Police that they could not prove the case against Mills. On December 8, 1980 appellant elected for trial by judge alone and on that same day, the Crown being unable to lead evidence, he was acquitted of the Sarnia hold-up.

On the other hand, according to Mills, the Sarnia robbery charge was withdrawn on February 28, 1980.

After the disposition of the Sarnia charge, Mills was sent back to the penitentiary to serve the balance of his 1973 sentence, instead of going to London to face the outstanding charge. There is confusion however as to the precise date of the disposition. On September 16, 1981, the penitentiary authorities, in contemplation of his upcoming release scheduled for October 26, 1981, contacted the London Police. They took charge of the prisoner on September 24 and he appeared in London the next day, the 25th. There was an adjournment to September 29, then to October 1 for a show cause hearing, as a result of which he was granted bail. Matters were then adjourned to October 30

London». Quelques jours plus tard, le 4 janvier 1980, l'inspecteur Robinson accuse réception de la lettre et se déclare prêt à procéder dès que l'affaire de Sarnia sera terminée. Il y a à ce point-ci une certaine confusion quant à ce qui s'est vraiment passé au sujet de l'inculpation de Sarnia.

D'après la poursuite, les 28 et 29 février 1980, une enquête préliminaire eut lieu à Sarnia, portant sur trois inculpations, le vol à main armée de Sarnia, une inculpation d'avoir été illégalement en liberté et une autre de reconnaissance d'un instrument sous un faux nom (art. 363 du *Code criminel*). Mills a été renvoyé à son procès pour le vol qualifié, a plaidé coupable d'avoir été illégalement en liberté et a été condamné à une peine de quatre mois, à être purgée consécutivement à sa peine de pénitencier, et a été libéré de l'inculpation sous l'art. 363. Toujours d'après la poursuite, le 2 avril 1980, la Cour des sessions générales de la paix était saisie d'un acte d'accusation. L'affaire fut ajournée à la session d'automne, apparemment avec le consentement mutuel des parties. L'avocat de la défense n'était pas présent. À un certain moment, entre avril et décembre, la police de Sarnia a notifié l'avocat de la défense qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves contre Mills. Le 8 décembre 1980, l'appelant choisissait d'être jugé par un juge seul et, le même jour, faute de preuves suffisantes réunies par la poursuite, il était acquitté du vol à main armée de Sarnia.

D'autre part, d'après Mills, l'inculpation de vol qualifié à Sarnia fut retirée le 28 février 1980.

L'inculpation de Sarnia résolue, on renvoya Mills au pénitencier purger le reste de sa peine de 1973, au lieu de l'envoyer à London pour répondre à l'inculpation toujours pendante là-bas. Cependant, la date précise de la décision est incertaine. Le 16 septembre 1981, les autorités pénitentiaires, anticipant sa libération prévue pour le 26 octobre 1981, ont communiqué avec la police de London. Ceux-ci prirent en charge le prisonnier le 24 septembre et il comparut à London le lendemain, soit le 25. Il y a eu ajournement au 29 septembre, puis au 1^{er} octobre, pour une audience de justification, à la suite de laquelle il obtint un cautionnement. L'affaire fut alors ajournée au 30 octobre, puis au

and then to February 10, 1982, for a preliminary inquiry. On the first of February, at the request of the accused, it was brought forward to be adjourned to May 18. In April, the *Charter* came into force and on May 18, Mills made a motion to stay the proceedings under s. 24(1) for a violation of his rights under s. 11(b).

I fear that whoever reads this narrative will have to draw a chart, as I did for myself, in order to get an overview of the situation. To clear up matters, hopefully to some degree, I should refer to the position taken by appellant and respondent as regards the events and their qualification.

Appellant does not, quite understandably, rely on any delay occurring prior to his arrest in October 1979. As of then however, he does complain that some thirty-one months elapsed until the commencement of the preliminary inquiry (May 18, 1982), and that, within those thirty-one months, nineteen months elapsed between the end of the proceedings in the Sarnia hold-up and the appellant's first appearance on the London charge.

Respondent-Crown qualifies the thirty-one months as follows:

1. The delay from October 1979 (the arrest) to April 1980 (6 months) is "neutral" and was required to dispose of the Sarnia charges;
2. The nine months that elapsed thereafter are the result of the mutual conduct of the parties in letting the Sarnia charges lie till December 1980;
3. The Crown acknowledges that the subsequent ten months (December 1980 to September 1981) are "attributable to the negligent but nonintentional conduct of the Crown";
4. The period of time from the first appearance to February 1982 is attributable to neutral reasons;
5. Three months are attributable to the specific request of the appellant's lawyer (February 1982 to May 1982).

10 février 1982 pour l'enquête préliminaire. Le 1^{er} février, à la demande de l'inculpé, on le fit comparaître afin d'ajourner au 18 mai. En avril, la *Charte* entra en vigueur et, le 18 mai, Mills fit une requête en suspension d'instance en vertu du par. 24(1) pour violation des droits que lui confère l'al. 11(b).

Je crains que tout lecteur de cet exposé des faits ait à tracer un schéma, comme j'ai dû le faire, pour avoir une vue d'ensemble de la situation. Pour clarifier les choses, dans une certaine mesure je l'espère, je vais exposer les positions prises par l'appelant et l'intimée au sujet de ces événements et de leur qualification.

L'appelant n'invoque pas, cela se comprend, tout délai antérieur à son arrestation d'octobre 1979. À compter de ce moment toutefois, il se plaint effectivement de ce qu'un délai de quelque trente et un mois s'est écoulé avant l'ouverture de l'enquête préliminaire (18 mai 1982) et aussi de ce que, dans ces trente et un mois, dix-neuf mois se sont écoulés entre la clôture de la poursuite relative au vol à main armée de Sarnia et sa première comparution relativement à l'inculpation de London.

La poursuite-intimée qualifie ces trente et un mois comme suit:

1. le délai allant d'octobre 1979 (date de l'arrestation) à avril 1980 (six mois) est «neutre» et était nécessaire pour disposer des inculpations portées à Sarnia;
2. les neuf mois écoulés ultérieurement sont imputables à la conduite mutuelle des parties qui ont laissé pendante l'inculpation de Sarnia jusqu'en décembre 1980;
3. la poursuite reconnaît que les dix mois subséquents (de décembre 1980 à septembre 1981) sont [TRADUCTION] «attribuables à la négligence, mais non à une conduite intentionnelle, de la poursuite»;
4. l'intervalle de temps écoulé depuis la première comparution en février 1982 est attribuable à des raisons neutres;
5. trois mois sont attribuables à une demande précise de l'avocat de l'appelant (de février 1982 à mai 1982).

The record in this case is most unsatisfactory and is, to say the least, confusing. The facts given to this Court are not, to some degree, those given below; and even the extent of the divergence is uncertain. The appellant says that the Sarnia hold-up charge terminated on February 28, 1980. The respondent says that some time between April and December 1980, the police advised the defence that they could not prove that charge against Mills and that the charge would be withdrawn; and that, in fact, the accused was indicted and acquitted on December 8, 1980. I will address this disagreement shortly.

The Judgments

As appellant does not rely in this Court on his allegations in the courts below of "abuse of process", I will not refer to the disposition of that ground in those courts.

Provincial Court

Judge Baker dismissed the application relying on what Eberle J. of the Ontario Supreme Court, had said in *Potma and The Queen, supra*. In essence, Eberle J.'s conclusions, at least those upon which Judge Baker appears to have rested his disposition of the motions, are found at p. 27 and are as follows:

... I conclude that s. 24 can only be applied to rights which are guaranteed by the Charter; and that means only on and after the Charter became law.

Judge Baker, immediately after this quote, interjected the following comment: "Which as I have indicated of course was April 17, 1982". Judge Baker then further quotes a portion of Eberle J.'s reasons, the conclusion of which was that "s. 24 must be considered to have a prospective effect".

Judge Baker then disposed of the motion in the following terms (1982), 2 C.R.R. 300 at p. 311:

It is my view, and my opinion, that substantive legislative changes in the law and [*sic*] are not merely procedural differences and as a result are presumed not to be retrospective unless expressly so stated, and there is nothing in the Charter to so state.

Le dossier dans cette affaire est des plus insatisfaisant et, pour le moins, prête à confusion. Les faits soumis à la Cour ne correspondent pas, jusqu'à un certain point, à ceux exposés devant les juridictions inférieures; et même l'importance de la divergence n'est pas certaine. Selon l'appelant, l'inculpation pour le vol à main armée de Sarnia a été réglée le 28 février 1980. Selon l'intimée, à un certain moment, entre avril et décembre 1980, la police a avisé la défense qu'elle ne pouvait prouver les accusations portées contre Mills et que l'inculpation serait retirée; et en fait, selon l'intimée, l'inculpé a été accusé et acquitté le 8 décembre 1980. Je vais traiter de cette divergence sous peu.

Les jugements

Étant donné que l'appelant ne fait pas valoir devant cette Cour les allégations «d'abus des voies de droit» soulevées devant les juridictions inférieures, je ne me référerai pas aux décisions concernant ce moyen devant ces tribunaux.

Cour provinciale

Le juge Baker a rejeté la demande, s'appuyant sur ce que le juge Eberle de la Cour suprême de l'Ontario avait dit dans l'affaire *Potma and The Queen*, précitée. Essentiellement, les conclusions du juge Eberle, à tout le moins celles sur lesquelles le juge Baker paraît s'être fondé pour statuer sur les requêtes, se trouvent à la p. 27 en ces termes:

[TRADUCTION] ... je conclus que l'art. 24 ne peut s'appliquer qu'aux droits garantis par la Charte, et cela signifie uniquement à compter de l'entrée en vigueur de la Charte.

Le juge Baker, immédiatement après cette citation, ajoute le commentaire suivant: [TRADUCTION] «qui, comme je l'ai dit, bien entendu, remonte au 17 avril 1982.» Le juge Baker cite ensuite une partie des motifs du juge Eberle, dont la conclusion que [TRADUCTION] «l'article 24 doit être compris comme ayant un effet prospectif».

Le juge Baker rejeta alors la requête dans les termes suivants (1982), 2 C.R.R. 300 à la p. 311:

[TRADUCTION] Je suis d'avis et d'opinion que des changements législatifs importants du droit ne sont pas simplement des différences de procédure, et il s'ensuit qu'ils ne doivent pas être présumés rétroactifs à moins que ce ne soit expressément prévu; or il n'y a rien dans la Charte en ce sens.

I am therefore, for the reasons given denying both preliminary motions to stay the proceedings on this charge.

It is clear that Judge Baker's decision was grounded upon his finding that s. 24 had a prospective effect. It is uncertain whether Judge Baker was of the view that, as a result, a remedy under s. 24(1) was available only to persons charged in proceedings instituted after the proclamation of the *Charter*; or whether a prospective interpretation had the effect of limiting the time span relevant to the determination of "reasonableness" to time elapsed after the coming into force of the *Charter*, in this case from April 17 to May 18, 1982.

Supreme Court of Ontario

It would appear that, while the Crown in this Court acknowledges responsibility for ten months of delay, it had conceded before Osborne J. responsibility "for 19 months of the delay between the time that the warrant was issued on March 24th, 1977, and the date upon which the applicant was brought back to London to stand trial [*sic*]" (Osborne J.'s judgment in (1983), 2 C.C.C. (3d) 444 at pp. 448-49). It is on that concession that Osborne J. proceeded and I see no reason why we should, especially given the poor state of the record, assess matters on a different basis. In any event, for reasons hereinafter explained, I am of the view that at least as of the moment that the police knew they had no case, they were duty-bound to dispose of that pending charge with the greatest of expedition.

Osborne J. also found, as a matter of fact, that the rest of the delay was the applicant's fault (at p. 449):

There is no doubt that the 19 months' delay complained of cannot be said to be the fault of the applicant. The other period of delay can equally be said to be the applicant's fault. In that other time-period the applicant appears to have been less than enthusiastic about making his presence known to the authorities.

Regardless of what has been argued in the parties' factums, those are the facts upon which this Court

Donc, pour les motifs donnés, je rejette les deux requêtes préliminaires en suspension d'instance concernant cette inculpation.

Il est clair que la décision du juge Baker est fondée sur sa constatation que l'art. 24 a un effet prospectif. Il n'est pas sûr cependant que le juge Baker ait été d'avis qu'en conséquence une réparation aux termes du par. 24(1) n'est possible que pour les justiciables inculpés après l'entrée en vigueur de la *Charte* ou qu'une interprétation prospective ait plutôt pour effet de limiter l'intervalle de temps à considérer pour déterminer le caractère «raisonnable» du délai à la période écoulée depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, en l'espèce du 17 avril au 18 mai 1982.

Cour suprême de l'Ontario

Il semblerait qu'alors que la poursuite devant nous reconnaît sa responsabilité pour dix mois de délai, elle ait reconnu devant le juge Osborne sa responsabilité [TRADUCTION] «pour 19 mois de délai depuis la date de délivrance du mandat, le 24 mars 1977, jusqu'au jour où le requérant a été ramené à London pour y subir son procès (*sic*)» (jugement du juge Osborne (1983), 2 C.C.C. (3d) 444 aux pp. 448 et 449). C'est sur le fondement de cette concession que le juge Osborne a procédé et je ne vois aucune raison, compte tenu particulièrement de l'état déplorable du dossier, d'évaluer les choses différemment. De toute façon, pour les raisons qui seront données ci-après, je suis d'avis qu'à tout le moins dès le moment où les forces policières ont compris qu'il y avait insuffisance de preuve, elles étaient obligées de régler l'inculpation pendante avec la plus grande célérité.

Le juge Osborne a aussi constaté, en tant que fait, que le reste du retard était dû au requérant à la p. 449:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le délai de 19 mois en cause ne saurait être considéré comme imputable à la faute du requérant. L'autre délai peut par contre être considéré comme imputable à la faute du requérant. Dans cet autre intervalle de temps, le requérant paraît avoir montré fort peu d'enthousiasme à faire connaître sa présence aux autorités.

Indépendamment de ce qui a été soutenu dans les mémoires des parties, ce sont les faits sur lesquels

must determine the issues of law, as undoubtedly did the Court of Appeal of Ontario given the wording of its judgment (*supra*).

Osborne J. then characterized the provisions of s. 11(b) as creating a new right, not merely a "repetition of any common law right to trial within a reasonable time" (p. 456). He said that it was a substantive right, not procedural.

On pre-Charter delay he said, at p. 457:

An accused before a court after April 17, 1982, may claim the benefit of the trial within a reasonable time provision of the Charter. Any pre-Charter delay is relevant only to the extent that it is to be assessed with post-Charter delay, and weighed in the light of that post-Charter delay on the general issue of whether the accused has been denied his right to trial within a reasonable time. Put another way, I do not think that a pre-Charter delay standing alone, is sufficient to trigger the application of s. 11(b) of the Charter in favour of the accused. The accused's s. 11(b) right does not impose a retrospective obligation on the authorities. A pre-Charter delay, however, must be considered as a very significant factor in the over-all determination of trial within a reasonable time, having in mind the delay which has occurred following the coming into force of the Charter. The accused's status as a beneficiary of the Charter right to trial within a reasonable time is established by his appearance before the court after April 17, 1982. The substantive right to trial within a reasonable time is to be assessed in the total circumstances with particular emphasis on the post-Charter delay, the reasonableness of which varies depending upon the length of that delay and the length of the pre-Charter period of delay. The longer the pre-Charter delay, the more quickly the accused should be brought to trial after the Charter came into force.

Regarding factors to be taken into account when assessing the reasonableness of the time, he said that the length of the period of delay was "just one of a number of factors to be taken into account" and included, amongst others, are, "the reason for the delay, the accused's assertion of a right to a speedy trial and prejudice to the accused occasioned by the delay" (p. 457).

la Cour doit se fonder pour décider des points de droit, ce qu'a manifestement fait la Cour d'appel d'Ontario, vu le texte de son jugement (précité).

a Le juge Osborne a alors qualifié les dispositions de l'al. 11b) de créatrices de droit nouveau, et non simplement de [TRADUCTION] «confirmation d'un droit de la *common law*, à un procès dans un délai raisonnable,» à la p. 456, disant qu'il s'agissait b d'une question de fond et non de procédure.

Sur le délai antérieur à la *Charte*, il a dit, à la p. 457:

[TRADUCTION] L'inculpé qui comparaît devant un tribunal après le 17 avril 1982 peut réclamer le bénéfice de la disposition de la Charte garantissant le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Tout délai antérieur à la Charte n'est pertinent que dans la mesure où il sera évalué avec un délai ultérieur à la Charte, et en fonction de ce délai ultérieur, lorsque se pose la question générale de savoir si l'inculpé s'est vu refuser le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. En d'autres termes, je ne pense pas qu'un délai antérieur à la Charte suffise à lui seul à faire jouer l'al. 11b) de la Charte en faveur de d l'inculpé. Le droit dont jouit l'inculpé selon l'al. 11b) e n'impose pas une obligation rétroactive aux autorités. Un délai antérieur à la Charte doit cependant être considéré comme un facteur fort significatif lorsqu'il s'agit de décider globalement qu'il y a eu procès dans un f délai raisonnable, en ayant à l'esprit le délai qui a suivi l'entrée en vigueur de la Charte. Le statut de l'inculpé en tant que bénéficiaire du droit à un procès dans un g délai raisonnable, prévu par la Charte, s'établit par une comparaison devant le tribunal postérieure au 17 avril 1982. Le droit matériel d'être jugé dans un délai raisonnable doit être évalué en fonction de toutes les circonstances, en tenant particulièrement compte du délai h ultérieur à la Charte, son caractère raisonnable étant fonction de la longueur de ce délai et de celle du délai antérieur à la Charte. Plus le délai antérieur à la Charte aura été long, plus il faudra que l'inculpé soit jugé rapidement après l'entrée en vigueur de la Charte.

En ce qui concerne les facteurs dont on doit tenir compte lorsqu'on évalue le caractère raisonnable du délai, il a dit que la longueur de l'intervalle de temps n'est [TRADUCTION] «qu'un des facteurs dont il faut tenir compte» et on trouve notamment parmi ceux-ci, à la p. 457, «les raisons du délai, la revendication par l'inculpé de son droit à un procès rapide et le préjudice que lui cause ce délai.»

His finding of no violation took into account, to use his terms at p. 457, "the circumstances of this case, having in mind the cumulative effect of the delay before and after the Charter".

Court of Appeal

As regards the *Charter* application, I have already reproduced their judgment in full. They simply said that they found no error in Judge Baker's conclusion, given the circumstances of the case.

Before considering s. 11(b), two matters can be disposed of succinctly: this Court's jurisdiction as regards the nature of the finding below and the applicability of s. 24(1) to a pre-*Charter* charge.

This Court's Jurisdiction

Understandably, Mr. Doherty, Q.C., acting for the respondent Crown in this Court, has not challenged this Court's right to entertain this appeal on the ground that a determination under s. 11(b) is a finding of fact. Indeed, in *R. v. Heaslip* (1983), 36 C.R. (3d) 309, a case before the Court of Appeal for Ontario, in representing the Crown-appellant, he took the position, and was successful when the Crown's right to appeal was challenged, that such a determination was one of law. As the matter is jurisdictional, I think it preferable that a finding in that sense be nevertheless made by this Court, relying upon, amongst others, the decision of this Court in *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279. To this finding I think it advisable that it be added thereto, with approval, the qualifications of Martin J.A., speaking for the Court of Appeal of Ontario in *R. v. Heaslip, supra*, where he said, at pp. 318-19:

The conclusion whether there has been an infringement of an accused's right to be tried within a reasonable time may of course in some cases depend on the trial judge's view with respect to the credibility of witnesses and his findings of fact as to what occurred, where the facts are in dispute. An appellate court is not entitled on an appeal by the Crown against the decision of a trial court holding that there has been a contravention of s. 11(b) of the Charter to set aside his findings of fact based on his views as to credibility, or to set aside his findings of fact where the facts are in dispute,

Il n'a conclu à aucune violation, en tenant compte, pour reprendre ses termes à la p. 457, [TRADUCTION] "des circonstances de l'espèce, ayant à l'esprit l'effet cumulatif des délais antérieurs et postérieurs à la Charte".

Cour d'appel

Pour ce qui est de la demande fondée sur la *Charte*, j'ai déjà reproduit le texte intégral de son arrêt. Il déclare simplement n'avoir constaté aucune erreur dans la décision du juge Baker vu les circonstances.

Avant d'analyser l'al. 11b), deux points peuvent être réglés succinctement: la compétence de cette Cour en ce qui concerne les décisions des juridictions inférieures et l'applicabilité du par. 24(1) à une inculpation antérieure à la *Charte*.

d Compétence de cette Cour

Il va de soi que M^e Doherty, c.r., qui représente la poursuite intimée devant nous, n'a pas contesté notre droit de connaître du pourvoi au motif qu'une décision relative à l'al. 11b) porte sur des faits. D'ailleurs, dans l'affaire *R. v. Heaslip* (1983), 36 C.R. (3d) 309, dont la Cour d'appel d'Ontario avait été saisie et où il représentait la poursuite alors appelante, il a soutenu avec succès que lorsque le droit qu'a la poursuite d'interjeter appel était contesté, la décision portait alors sur une question de droit. Comme il s'agit d'une question de compétence, je crois préférable que la Cour déclare néanmoins qu'il en est ainsi, en s'appuyant notamment sur son arrêt *Belyea v. The King*, [1932] R.C.S. 279. À cela, je pense qu'il serait souhaitable d'apporter, en les approuvant, les réserves énoncées par le juge Martin dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Heaslip*, précité, aux pp. 318 et 319:

[TRADUCTION] Conclure qu'il y a eu atteinte au droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable peut naturellement, dans certains cas, dépendre de l'opinion du juge du procès sur la crédibilité de certains témoins, et de ses conclusions de fait concernant ce qui s'est passé, lorsque les faits sont contestés. Lorsque la poursuite interjette appel de la décision d'un tribunal de première instance en disant qu'il y a eu contravention à l'al. 11b) de la Charte, une cour d'appel n'est pas autorisée à réformer les conclusions de fait fondées sur la crédibilité, ou à réformer ces conclusions lorsque les

provided there is evidence to support those findings. However, in my view, it is a question of law whether the trial judge has drawn the correct conclusion, from the facts admitted or found by him, that there has been a breach of s. 11(b) of the Charter. The facts in this case are not substantially in dispute.

As it is not in dispute that a determination under s. 11(b) raises a question of law, no more need be said with regard to this Court's jurisdiction to hear this matter.

Section 24 and Pre-Charter Charge

Does s. 24(1) of the *Charter* apply to proceedings instituted prior to the *Charter*?

In *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 Martin J.A., for the Court, addressed that precise question. In that case, the position taken by the Crown was that, while taking into account pre-*Charter* delay was not giving retrospective effect to s. 11(b), to grant a remedy for a delay flowing from a pre-*Charter* charge was giving retrospective effect to s. 24(1) of the *Charter*. Martin J.A.'s comments are as follows, at p. 104:

Patently, s. 24 can be invoked only where a right guaranteed by the Charter is alleged to have been infringed, and I accept, of course, that there cannot be a breach of a new right conferred by the Charter prior to the creation of the right. For example, s. 10(b) of the Charter provides that everyone has the right on arrest 'to retain and instruct counsel without delay *and to be informed of that right*'. The words which I have italicized confer a new right. That right could not be contravened prior to the coming into force of the Charter because the right did not exist: see *R. v. Lee* (1982), 142 D.L.R. (3d) 574, 1 C.C.C. (3d) 327, 30 C.R. (3d) 395 (Sask. C.A.). Where, however, there has been a breach of a right secured by the Charter it would be illogical to hold that the remedy provided by s. 24 for Charter contraventions does not apply merely because the proceeding in which the Charter right was contravened was initiated prior to the coming into force of the Charter, where the contravention occurred after the Charter came into effect. Mr. Rosenberg argued that it would be anomalous where there has been a contravention of a Charter right, if a defendant who had been charged one day after the Charter came into force could invoke the remedy provided by s. 24, but a defendant

faits sont contestés s'il existe des preuves à l'appui de ces conclusions. Toutefois, à mon avis, est une question de droit celle de savoir si le juge du procès a tiré la conclusion appropriée des faits admis ou constatés par lui et portant qu'il y a eu manquement à l'al. 11b) de la Charte. Les faits en l'espèce ne sont pas contestés pour l'essentiel.

Puisqu'il n'est pas contesté qu'une détermination en vertu de l'al. 11b) soulève une question de droit, il n'y a rien d'autre à ajouter en ce qui concerne la compétence de cette Cour à connaître de cette affaire.

L'article 24 et l'inculpation antérieure à la Charte

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* s'applique-t-il à des procédures intentées avant la *Charte*?

Dans l'arrêt *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97, le juge Martin a traité précisément de cette question au nom de la Cour d'appel. Dans cette affaire, la poursuite soutenait que si tenir compte d'un délai antérieur à la *Charte* n'équivalait pas à donner un effet rétroactif à l'al. 11b), accorder réparation pour un délai découlant d'une inculpation antérieure à la *Charte* donnait un effet rétroactif au par. 24(1) de la *Charte*. Voici les commentaires du juge Martin, à la p. 104:

[TRADUCTION] Manifestement, l'art. 24 ne peut être invoqué que si on allègue l'atteinte à un droit garanti par la Charte; je reconnais, naturellement, qu'il ne peut y avoir manquement à un nouveau droit conféré par la Charte avant que ce droit n'ait été créé. Par exemple, l'al. 10b) de la Charte dispose que chacun a droit, en cas d'arrestation ou de détention, «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat *et d'être informé de ce droit*». Les termes que j'ai mis en italiques confèrent un nouveau droit. On ne pouvait contrevenir à ce droit avant l'entrée en vigueur de la Charte parce qu'il n'existait pas auparavant. Voir *R. v. Lee* (1982), 142 D.L.R. (3d) 574, 1 C.C.C. (3d) 327, 30 C.R. (3d) 395 (C.A. Sask.). Lorsque, toutefois, il y a eu violation d'un droit garanti par la Charte, il serait illogique de décider que la réparation prévue par l'art. 24 en cas de contraventions à la Charte ne s'applique pas, simplement parce que la procédure au cours de laquelle le droit garanti par la Charte a été enfreint avait été engagée avant l'entrée en vigueur de la Charte, et que la contravention s'est produite après l'entrée en vigueur de la Charte. M^e Rosenberg a soutenu que ce serait anormal, lorsqu'il a y contravention à un droit garanti par la Charte, qu'un défendeur inculpé le lendemain de l'entrée en vigueur de

whose Charter right had been similarly infringed could not invoke the provisions of s. 24 because the proceedings against him were instituted one day before the Charter came into effect. I agree. The provisions of the Charter must be read together and when they are so read it is, in my view, clear that the remedy provided by s. 24 is intended to be applicable to contraventions of rights secured by the Charter which take place in a proceeding being carried on after the Charter even though that proceeding was *instituted* before the Charter. I do not think that such an interpretation of the Charter does violence to any constitutional principle, or, indeed, any principle of statutory interpretation.

I fully agree with Martin J.A.

Section 11(b)

1. Introduction

As I have already noted, s. 11(b) states:

11. Any person charged with an offence has the right	11. Tout inculpé a le droit:
(b) to be tried within a reasonable time;	(b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

As of April 17, 1982, all persons charged with an offence who had not yet been tried were entitled to invoke their newly-acquired constitutional right to be tried within a reasonable time. As of that moment, they were enabled to call into question the reasonableness of the time elapsed in bringing them to trial. The first issue of importance for such persons is whether or not the time which had elapsed prior to the coming into force of the *Charter* may properly be taken into consideration in assessing the reasonableness of delay. If pre-*Charter* delay is to be considered, a second issue is whether such delay should receive the same weight as delay subsequent to the coming into force of the *Charter*. These issues are of particular importance in the present case since the major portion of the alleged delay occurred prior to the coming into force of the *Charter*.

I am of the view, however, that it would be premature for me to address the issue of pre-

la Charte puisse conclure à la réparation prévue par l'art. 24, mais qu'un défendeur dont le droit aux termes de la Charte aurait similairement été enfreint, ne puisse pas invoquer les dispositions de l'art. 24 parce que la procédure intentée contre lui l'aurait été la veille de l'entrée en vigueur de la Charte. J'en conviens. Les dispositions de la Charte doivent être interprétées comme un tout, aussi lorsqu'on le fait, il est clair à mon avis qu'on a voulu que la réparation prévue à l'art. 24 soit applicable en cas de contraventions aux droits garantis par la Charte ayant lieu au cours des procédures même si ces dernières ont été *intentées* avant l'entrée en vigueur de la Charte. Je ne pense pas qu'une telle interprétation de la Charte fasse violence à un principe constitutionnel quelconque ou d'ailleurs, à quelque principe d'interprétation des lois.

Je partage entièrement l'avis du juge Martin.

L'alinéa 11(b)

1. Introduction

Comme je l'ai déjà dit, l'al. 11(b) porte:

11. Any person charged with an offence has the right	11. Tout inculpé a le droit:
(b) to be tried within a reasonable time;	(b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

À compter du 17 avril 1982, tous les inculpés qui n'avaient pas encore été jugés avaient droit de faire valoir leur droit constitutionnel nouvellement acquis d'être jugés dans un délai raisonnable. À compter de ce moment, ils étaient en droit de contester le caractère raisonnable du délai écoulé avant de leur faire subir leur procès. La première question d'importance concernant ces inculpés est de savoir si on peut ou non tenir compte à bon droit du délai couru avant l'entrée en vigueur de la *Charte* dans l'évaluation du caractère raisonnable de ce délai. S'il faut tenir compte d'un délai antérieur à la *Charte*, une seconde question se pose, faut-il accorder autant de poids à ce délai qu'à celui qui est postérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*? Ces points litigieux sont d'une importance particulière en l'espèce, puisque la majeure partie du délai allégué est antérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Je suis d'avis toutefois qu'il serait prématuré d'examiner la question du délai antérieur à la

Charter delay without first elucidating the nature and scope of the right found in s. 11(b). The relevance and importance, if any, of pre-*Charter* delay can only be properly understood in the light of the nature, objectives and criteria for the application of s. 11(b) generally. For this reason, I shall first deal with some of the general principles concerning s. 11(b) before addressing the specific issue of pre-*Charter* delay.

2. Nature and Purpose of s. 11(b)

It has already been established by this Court that the proper interpretive approach for the definition of *Charter* rights is a purposive one: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, where Dickson J. (as he then was) wrote at p. 344:

This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

Section 11(b) enunciates an individual right to be tried within a reasonable time for all persons charged with an offence. I wish to emphasize at the outset that this right is, in its nature, an individual right and has no collective rights dimension. While society may well have an interest in the prompt and effective prosecution of criminal cases, that interest finds no expression in s. 11(b), though evidently, incidental satisfaction. The section is primarily concerned with ensuring respect for the interests of the individual. Effective enforcement of this *Charter* right, which may from time to time see the guilty go free, will nevertheless also benefit society as a whole. It will ensure, in addition to respect for individual rights, the prompt prosecution and determination of criminal cases, a result which will be welcomed by the innocent and regarded with aversion by many of the guilty. But the societal benefit resulting from the prompt prosecution of criminal cases, though

Charte, sans élucider d'abord la nature et la portée du droit que l'on trouve à l'al. 11b). La pertinence et l'importance, le cas échéant, d'un délai antérieur à la *Charte* ne pourront être réellement comprises qu'en fonction de la nature, des objectifs et des critères d'application généraux de l'al. 11b). Pour cette raison, je traiterai d'abord de certains principes généraux concernant l'al. 11b) avant d'examiner la question précise du délai antérieur à la *Charte*.

2. Nature et objet de l'al. 11b)

La Cour a déjà jugé que le mode d'interprétation à suivre pour définir les droits garantis par la *Charte* doit être téléologique: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, où le juge Dickson (maintenant Juge en chef) déclare à la p. 344:

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

L'alinéa 11b) énonce un droit individuel de tous les inculpés à être jugé dans un délai raisonnable. Je désire souligner au départ que ce droit est, de par sa nature, un droit individuel et n'a aucune dimension collective. Bien qu'il se puisse que la société ait un intérêt dans le déroulement prompt et efficace des affaires criminelles, cet intérêt ne trouve aucune consécration à l'al. 11b), quoique évidemment on y satisfasse incidemment. Le but premier de l'alinéa est d'assurer le respect des intérêts de l'individu. La mise en œuvre efficace de ce droit garanti par la *Charte* sauvera parfois un coupable, mais la société dans son ensemble en profitera aussi. En plus du respect des droits individuels, cela assurera la célérité de la poursuite et du jugement dans les affaires criminelles, ce qui sera bien accueilli par l'innocent, mais considéré avec aversion par les coupables. Cependant, le bénéfice social résultant de la célérité à poursuivre en matière criminelle, quoique d'une grande

of great importance, is a by-product of the section; it is not its object.

In my view, the fundamental purpose of s. 11(b) is to secure, within a specific framework, the more extensive right to liberty and security of the person of which no one may be deprived except in accordance with the principles of fundamental justice. The purpose of s. 11(b) can, in other words, be ascertained by reference to s. 7 of the *Charter*. Section 11(b) is designed to protect, in a specific manner and setting, the rights set forth in s. 7, though, of course, the scope of s. 7 extends beyond those manifestations of the rights to liberty and security of the person which are found in s. 11. Hence, the focus for the analysis and proper understanding of s. 11(b) must be the individual, his or her interests and the limitation or infringement of those interests.

Historically, the concept of trial within a reasonable time has been closely associated with the remedy of *habeas corpus* and bail and has thus focused on the liberty interest of the accused, specifically, on preventing unduly lengthy detention prior to trial. Dicey wrote of the *Habeas Corpus Act, 1679* (Engl.), 31 Cha. II, c. 2:

A person is imprisoned on a charge of crime. If he is imprisoned without any legal warrant for his imprisonment, he has a right to be set at liberty. If, on the other hand, he is imprisoned under a legal warrant, the object of his detention is to ensure his being brought to trial In the case of the lighter offences . . . he has, generally speaking, the right to his liberty on giving security with proper sureties that he will in due course surrender himself to custody and appear In the case . . . of the more serious offences . . . a person who is once committed to prison is not entitled to be let out on bail. The right of the prisoner is in this case simply the right to a speedy trial.

The net result, therefore, appears to be that while the *Habeas Corpus Act* is in force no person committed to prison on a charge of crime can be kept long in confinement, for he has the legal means of insisting upon either being let out upon bail or else of being brought to a speedy trial.

(*The Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at pp. 217-19).

importance, n'est qu'un bénéfice indirect de l'alinéa; ce n'est pas son but.

À mon avis, l'objet fondamental de l'al. 11b) est d'assurer, dans une structure précise, le droit plus étendu à la liberté et à la sécurité de la personne dont nul ne peut être privé si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le but de l'al. 11b) peut, en d'autres termes, être découvert en se référant à l'art. 7 de la *Charte*. L'alinéa 11b) est conçu pour protéger, d'une manière et dans un cadre précis, les droits énoncés à l'art. 7, quoique la portée de cet article soit plus large que ces manifestations des droits à la liberté et à la sécurité de la personne que l'on trouve à l'art. 11. Ainsi l'analyse et la bonne compréhension de l'al. 11b) doivent avoir comme point focal l'individu, ses intérêts et leur limitation ou les atteintes dont ils font l'objet.

Historiquement, la notion de procès dans un délai raisonnable a été étroitement associée à l'*habeas corpus* et au cautionnement et a donc été centrée sur l'intérêt qu'à l'inculpé à jouir de sa liberté, plus précisément, sur la prévention d'une détention prolongée indûment avant procès. Dicey écrivait au sujet de l'*Habeas Corpus Act, 1679* (Angl.), 31 Cha. II, chap. 2:

[TRADUCTION] On incarcère une personne accusée d'un crime. Si elle est emprisonnée sans un mandat légal de dépôt, elle a droit à sa liberté. Si, d'autre part, elle est incarcérée en vertu d'un mandat légal, sa détention a pour objet de s'assurer de sa présence au procès . . . Dans le cas des infractions mineures . . . elle a, généralement parlant, le droit de conserver sa liberté en fournissant un cautionnement avec les sûretés appropriées garantissant qu'elle se livrera aux autorités le moment venu de comparaître . . . Dans le cas . . . des infractions plus graves, . . . l'individu, une fois envoyé en détention, ne peut plus obtenir de cautionnement. Le droit du détenu dans ce cas est uniquement celui d'être jugé avec célérité.

Le résultat net, donc, semble être que, tant que l'*Habeas Corpus Act* demeurera en vigueur, une personne incarcérée après inculpation d'un crime ne pourra être détenue longtemps, car elle a à sa disposition les moyens juridiques d'exiger soit sa libération sous cautionnement, soit d'être jugée avec célérité.

(*The Law of the Constitution* (10th ed. 1959), aux pp. 217 à 219).

In the United States, legislative guarantees of a “speedy trial”, modelled on the *Habeas Corpus Act* of 1679, have, it appears, often been construed by the courts as directed solely against protracted pre-trial confinement (Anthony Amsterdam, “Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies,” 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975), at p. 533).

The same emphasis on pre-trial detention and the liberty interest of the accused is found in certain treaty provisions of international human rights law. Article 9(3) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, *supra*, to which Canada is a State Party, provides:

3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgment.

Similarly, Article 5(3) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222 (November 4, 1950), states:

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

Additionally, under s. 11(b), the security of the person is to be safeguarded as jealously as the liberty of the individual. In this context, the concept of security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against “overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation” (A. Amsterdam, *loc. cit.*, at p. 533). These include

Aux États-Unis les garanties législatives assurant [TRADUCTION] «d’être jugé avec célérité», modelées sur l’*Habeas Corpus Act* de 1679, ont, semble-t-il, souvent été interprétées par les tribunaux comme visant uniquement la détention prolongée avant le procès (Anthony Amsterdam, «Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies», 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975), à la p. 533).

On met aussi l’accent sur la détention avant procès et sur l’intérêt pour l’inculpé de jouir de la liberté dans certaines dispositions des traités internationaux sur les droits de la personne. L’article 9(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité, auquel le Canada est partie contractante, porte:

3. Tout individu arrêté ou détenu du chef d’une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l’intéressé à l’audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l’exécution du jugement.

De même, le par. 5(3) de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223 (4 novembre 1950) porte:

Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1c) du présent article doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d’être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l’intéressé à l’audience.

En outre, en vertu de l’al. 11b), la sécurité de la personne doit être assurée aussi jalousement que la liberté de l’individu. Dans ce contexte, la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l’intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d’une accusation criminelle pendante». (A. Amsterdam,

stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction. These forms of prejudice cannot be disregarded nor minimized when assessing the reasonableness of delay.

The need for protecting the security interest of the individual accused arises from the nature of the criminal justice system and of our society. We have long recognized the need for an open and public criminal system as a vital means of ensuring respect for the integrity of the process. We also acknowledge the necessity of a free and unrestricted press. As a practical matter, however, the impact of a public process on the accused may well be to jeopardize or impair the benefits of the presumption of innocence. While the presumption will continue to operate in the context of the process itself, it has little force in the broader social context. Indeed many pay no more than lip service to the presumption of innocence. Doubt will have been sown as to the accused's integrity and conduct in the eyes of family, friends and colleagues. The repercussions and disruption will vary in intensity from case to case, but they inevitably arise and are part of the harsh reality of the criminal justice process.

Additionally, the process is adversarial and conflictual; the stress and anxiety resulting from a criminal charge is heightened by the very nature of the process.

Although, to some extent, these negative consequences are unavoidable, one of the purposes of s. 11(b) is to limit the impact of such forms of prejudice to the accused by circumscribing the time period within which they may occur. In other words, while some such prejudice to the accused may be seen as a cost of the very right to a hearing, *a fortiori* a public one, it must nevertheless be kept to a minimum by a speedy determination of criminal responsibility. Hence, in my view, such forms of prejudice leading to impairment of the security of the person may, in and of them-

loc. cit., à la p. 533). Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'anxiété résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine. On ne saurait passer ces formes de préjudice sous silence ni les minimiser lorsqu'on évalue le caractère raisonnable du délai.

La nécessité de protéger la sécurité de l'individu inculpé tient à la nature même du système de la justice criminelle et de notre société. Nous avons depuis longtemps reconnu la nécessité d'une justice criminelle ouverte et publique comme moyen vital d'assurer le respect de l'intégrité du processus. Nous avons aussi reconnu la nécessité d'une presse libre de toute entrave. En pratique cependant, une justice publique peut fort bien avoir pour effet de mettre en péril ou d'affaiblir les avantages de la présomption d'innocence. Certes, la présomption continuera de jouer dans le cadre du processus lui-même, mais elle n'aura que peu d'effet dans le contexte plus large de la société. D'ailleurs beaucoup ne reconnaissent la présomption d'innocence que du bout des lèvres. Le germe du doute quant à l'intégrité et à la conduite de l'accusé aura été planté vis-à-vis de sa famille, de ses amis et de ses collègues. Les répercussions et perturbations varieront en intensité d'un cas à l'autre, mais inévitablement elles se produiront; elles font partie de la dure réalité du processus de la justice criminelle.

De plus, la justice procède selon une procédure contradictoire et conflictuelle; la nature même du processus judiciaire intensifie la tension et l'anxiété résultant d'une accusation criminelle.

Bien que, dans une certaine mesure, ces conséquences pénibles soient inévitables, l'un des objets de l'al. 11b) est de limiter l'effet de ces différentes formes de préjudice envers l'inculpé en circonscrivant le laps de temps au cours duquel elles peuvent se produire. En d'autres termes, si ce genre de préjudice envers l'inculpé peut, jusqu'à un certain point, être perçu comme le prix de son droit même à se faire entendre, *a fortiori* si l'audience est publique, ce prix doit néanmoins être réduit au minimum par la célérité mise à décider de la responsabilité criminelle. Ainsi, à mon avis, les

selves, constitute a violation of s. 11(b) if allowed to foster over-long.

To those aspects of the liberty and security interests the American courts have added a third, the right to a full and fair defence in a criminal trial, long recognized in Anglo-American case-law. In the case of *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972) at p. 532, Powell J., on behalf of the United States Supreme Court, identified the three interests which the speedy trial right was designed to protect:

(i) to prevent oppressive pretrial incarceration; (ii) to minimize anxiety and concern of the accused; and (iii) to limit the possibility that the defense will be impaired. Of these, the most serious is the last, because the inability of a defendant adequately to prepare his case skews the fairness of the entire system.

The defendant will be prejudiced, it is suggested, by delays which lead to the loss of defence evidence, the death or disappearance of key defence witnesses or other forms of impairment of the defence: *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970) at p. 42; *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966) at p. 120.

Such prejudice, however, which impairs the ability of the accused to mount a full and fair defence goes to the fairness of the trial; it is more properly related to the right to a fair trial than to the right to be tried within a reasonable time. Under our *Charter*, the two rights are conceptually distinct and are protected by different sections. Section 11(b) is designed to ensure that the trial occurs with minimal delay whereas ss. 7 and 11(d), among others, ensure that the trial itself is fair. The following comments, although on a separate issue, nonetheless well illustrate the distinction:

... s. 11(b) ensures only that a rapid judicial determination of formal charges will be achieved, whereas ss. 7 and 11(d) provide the overriding guarantee that the

formes de préjudice susceptibles de porter atteinte à la sécurité de la personne peuvent, en elles-mêmes et d'elles-mêmes, constituer une violation de l'al. 11b), si on devait les alimenter trop longtemps.

À ces aspects des intérêts à jouir de la liberté et de la sécurité, les tribunaux américains ont ajouté un troisième intérêt, le droit à une défense pleine, entière et équitable au cours du procès criminel, droit reconnu depuis longtemps par la jurisprudence anglo-américaine. Dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), à la p. 532, le juge Powell, au nom de la Cour suprême des États-Unis a reconnu l'existence des trois intérêts que le droit d'être jugé rapidement était destiné à protéger:

[TRADUCTION] (i) empêcher une incarcération oppressive avant le procès; (ii) atténuer l'angoisse et les inquiétudes du prévenu; (iii) limiter la possibilité d'atteinte aux droits de la défense. De ceux-ci, le plus sérieux est le dernier, car l'incapacité pour un défendeur de préparer adéquatement sa cause fausse l'équité de tout le système.

Le défendeur subira un préjudice, fait-on valoir, en raison des délais qui entraînent la disparition de preuves de la défense, par suite de la mort ou de la disparition de témoins à décharge importants ou autres formes d'atteintes aux droits de la défense: *Dickey v. Florida*, 398 U.S. 30 (1970), à la p. 42; *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), à la p. 120.

Un tel préjudice, cependant, lorsqu'il porte atteinte à la capacité du prévenu de se constituer une défense complète et équitable, touche à l'équité du procès; il se rapporte au droit à un procès équitable plutôt qu'au droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Aux termes de notre *Charte*, les deux droits sont conceptuellement distincts et protégés par des alinéas différents. L'alinéa 11b) a été conçu de manière à assurer un procès dans un délai minimum alors que l'art. 7 et l'al. 11d), entre autres, garantissent l'équité du procès lui-même. Les commentaires suivants, s'ils portent sur un point distinct, illustrent néanmoins cette distinction:

[TRADUCTION] ... l'alinéa 11b) assure seulement qu'une décision judiciaire rapide sera prononcée en cas d'inculpation formelle, alors que l'art. 7 et l'al. 11d)

integrity of the entire process will always be a matter of prime concern for the court.

(“Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time”, *per* Graham Garton of the Federal Department of Justice (1984), 46 Nfld. and P.E.I.R. 177 at p. 180).

The distinction between the two rights is fundamental. The “fair hearing” and “fundamental justice” provisions of ss. 11(d) and 7 require that a wider and, to some extent, different range of factors be considered in the analysis of the delay: the conduct of the Crown may be properly considered, timely assertion by the accused of his right and disclosure of the nature of the impairment thereto may be required, remedial relief will be more varied and the length of time elapsed will generally be a less critical factor than under s. 11(b), and is to be considered in a different light, given the difference of purpose for so doing. Indeed, a trial might well be considered unfair because matters were brought to trial too fast.

The American approach, which has appealed to many Canadian courts, identifies the interest in a fair and full defence as part of the rationale for the speedy trial right. This approach appears to be predicated upon the particular wording and structural features of the American Constitution, which differ considerably from the *Charter*. White J. wrote in *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968) at pp. 148-49:

The test for determining whether a right extended by the Fifth and Sixth Amendments with respect to federal criminal proceedings is also protected against state action by the Fourteenth Amendment has been phrased in a variety of ways in the opinions of this Court. The question has been asked whether a right is among those ‘fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions,’ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 67 (1932), quoting from *Hebert v. Louisiana*, 272 U.S. 312, 316 (1926); whether it is ‘basic in our system of jurisprudence,’ *In Re Oliver*, 333 U.S. 257, 273 (1948); and whether it is ‘a fundamental right, essential to a fair trial,’ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 343-344 (1963); *Malloy v.*

fournissent une garantie fondamentale assurant que l’intégrité de tout le système sera toujours d’un intérêt primordial pour le tribunal.

(“Re Canadian Charter of Rights and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time”, par Graham Garton du ministère fédéral de la Justice (1984), 46 Nfld. and P.E.I.R. 177 à la p. 180).

La distinction entre les deux droits est fondamentale. Les mentions de «procès équitable» et de «justice fondamentale» à l’al. 11d) et à l’art. 7 obligent à examiner des facteurs dont la portée est plus large et, dans une certaine mesure, différente de l’analyse du délai: le comportement de la poursuite peut à bon droit être examiné, on pourra demander que le prévenu revendique son droit au moment opportun et divulgue la nature de son préjudice, la nature de la réparation sera plus variée et le laps de temps écoulé constituera généralement un facteur moins critique que sous l’al. 11b) et devra être considéré sous un angle différent vu la différence de l’objet poursuivi. D’ailleurs, on pourra considérer un procès inéquitable parce qu’il a été tenu trop rapidement.

La démarche américaine, retenue par plusieurs tribunaux canadiens, voit l’intérêt d’avoir une défense pleine et entière comme l’une des raisons d’être du droit d’être jugé avec célérité. Cette démarche semble être fonction du texte et de l’économie de la Constitution américaine, laquelle diffère considérablement de la *Charte*. Le juge White a écrit dans l’affaire *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), aux pp. 148 et 149:

[TRADUCTION] Le critère auquel on a recours pour déterminer si un droit qu’accordent le cinquième et le sixième Amendements concernant des poursuites criminelles fédérales est aussi protégé contre une action étatique par le quatorzième Amendement, a été énoncé de diverses façons par la jurisprudence de la Cour. On s’est demandé si ce droit fait partie des «principes fondamentaux de liberté et de justice qui forment la base de toutes nos institutions civiles et politiques»: *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 67 (1932), citant *Hebert v. Louisiana*, 272 U.S. 312, 316 (1926); s’il constitue l’un des «fondements de notre philosophie du droit»: *In Re Oliver*, 333 U.S. 257, 273 (1948); et s’il s’agit «d’un droit fondamental, essentiel à un procès impartial»: *Gideon v. Wainwright*,

Hogan, 378 U.S. 1, 6 (1964); *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 403 (1965).

(Emphasis added.)

In *Klopfers v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967), the Supreme Court held that the Sixth Amendment right to a speedy trial extended to the States by reason of the Fourteenth Amendment due process clause. In so doing, however, the Court further blurred concepts which, under the Canadian *Charter* are quite distinct. The result in the United States is a combination of the liberty, security and defence interests under the mantle of the speedy trial guarantee. It is this very combination which has led to many of the difficulties faced by the American courts in elaborating the right and which is at the root of a number of the criticisms which have been directed against the landmark decision of *Barker v. Wingo*, *supra*. (See for example, H. R. Uviller, "Barker v. Wingo: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle," 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972); A. Amsterdam, *loc. cit.*)

The Test of Reasonableness

Reasonableness is an elusive concept which cannot be juridically defined with precision and certainty. Under s. 11(b), however, as we are dealing with reasonableness as regards the passage of time, we have the advantage of being able to refer to precise stages of proceedings and events.

This is not to say that reasonableness can be predetermined with precision. That would be "falling victim to the tyranny of numbers". But the advantage to be found when dealing with time is that reasonableness can be determined with the help of the precision surrounding the happening of certain events, e.g. arraignment, the preliminary inquiry, the trial, and the time elapsed between.

In the case of *Barker v. Wingo*, *supra*, the Supreme Court of the United States developed a balancing test and identified four factors which had to be considered in determining whether or not

372 U.S. 335, 343-344 (1963); *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 6 (1964); *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 403 (1965).

^a (C'est moi qui souligne.)

^a Dans l'arrêt *Klopfers v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967), la Cour suprême a jugé que le droit garanti par le sixième Amendement d'être jugé avec célérité s'appliquait aux États en raison de la clause d'application régulière de la loi stipulée au quatorzième Amendement. Ce faisant, toutefois, la Cour a brouillé encore plus des concepts qui, dans la *Charte* canadienne, sont fort distincts. ^c Il en résulte aux États-Unis que se combinent les intérêts du justiciable à la liberté, à la sécurité et à une défense sous l'aile de la garantie d'être jugé avec célérité. C'est cette combinaison même qui a suscité les nombreuses difficultés auxquelles les tribunaux américains ont dû faire face en disant le droit, et qui est à l'origine de plusieurs des critiques visant l'arrêt de principe *Barker v. Wingo*, précité. (Voir par exemple H. R. Uviller, «*Barker v. Wingo: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle*,» 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972); A. Amsterdam, *loc. cit.*)

Le critère du caractère raisonnable

^f La notion de ce qui est raisonnable est difficile à cerner et à définir juridiquement avec précision et certitude. À l'alinéa 11b) cependant, comme nous envisageons le caractère raisonnable du délai écoulé, nous avons l'avantage de pouvoir nous référer à des étapes précises des procédures et des événements. ^g

^h Ceci ne veut pas dire que ce qui est raisonnable peut être fixé à l'avance avec précision. Ce serait «être victime de la tyrannie des chiffres». Mais l'avantage existant lorsqu'on a affaire au délai est que le caractère raisonnable est déterminable grâce à la précision qui entoure la survenance de certains événements, par exemple, l'interpellation, l'enquête préliminaire, le procès et l'intervalle de temps les séparant. ⁱ

^j Dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité, la Cour suprême des États-Unis a conçu un critère d'équilibre comportant quatre facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si oui ou non le droit

an accused's right to a speedy trial under the Sixth Amendment to the Constitution of the United States had been violated. The Court wrote at p. 530:

The approach we accept is a balancing test, in which the conduct of both the prosecution and the defendant are weighed.

A balancing test necessarily compels courts to approach speedy trial cases on an *ad hoc* basis. We can do little more than identify some of the factors which courts should assess in determining whether a particular defendant has been deprived of his right. Though some might express them in different ways, we identify four such factors: Length of delay, the reason for the delay, the defendant's assertion of his right, and prejudice to the defendant.

In Canada, there has developed in the lower courts a broad consensus as to the test to be applied when allegations of breach of the right enunciated in s. 11(b) have been raised, it being widely accepted that the 'four factor balancing approach' of *Barker v. Wingo* is the appropriate one (see Graham Garton, Case Comment, *loc. cit.*, at p. 178). The following appellate courts have also adopted the approach in *Barker v. Wingo*: Ontario in *R. v. Antoine, supra*; *Re Regina and Beason, supra*; and *R. v. Heaslip, supra*; Nova Scotia in *Re Rahey and The Queen, supra*; British Columbia in *Re Regina and Thompson, supra*; and the Northwest Territories in *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205. The Courts of Appeal of Manitoba, New Brunswick and Québec, however, have not adopted the *Barker v. Wingo* approach: *R. v. Belton* (Man.), *supra*; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5 (N.B.); *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317 (Qué.), leave to appeal to this Court refused, [1983] 2 S.C.R. ix.

Although I am in substantial agreement that the test to be adopted is a balancing test, I differ with the U.S. Court on the elements which are to be considered and the factors which are to be weighed

d'un prévenu d'être jugé avec célérité en vertu du sixième Amendement de la Constitution des États-Unis avait été violé. La Cour écrit, à la p. 530:

^a [TRADUCTION] La démarche que nous acceptons repose sur un critère d'équilibration où la conduite tant de la poursuite que du défendeur sont soupesées.

^b Un critère d'équilibration force nécessairement les tribunaux à suivre une démarche *ad hoc* dans les affaires où la célérité du procès est en cause. Nous sommes condamnés à nous contenter d'identifier certains des facteurs que devraient évaluer les tribunaux lorsqu'ils ont à décider si un défendeur particulier s'est vu nier son droit. Quoiqu'ils puissent être exprimés d'autres manières, nous pouvons identifier quatre facteurs de ce genre: la durée du délai, la raison du délai, la revendication de son droit par le défendeur et le préjudice qui lui est causé.

^c Au Canada, un large consensus s'est fait au sein des juridictions de degré inférieur quant au critère applicable dans les cas d'allégation d'infraction au droit énoncé à l'al. 11b); il est largement reconnu que «l'équilibration des quatre facteurs» de l'arrêt *Barker v. Wingo* est le bon. (Voir Graham Garton, Case Comment, *loc. cit.*, à la p. 178). Les cours d'appel suivantes ont aussi suivi la démarche de l'arrêt *Barker v. Wingo*: celle de l'Ontario, dans les arrêts *R. v. Antoine, Re Regina and Beason, et R. v. Heaslip, précités*; celle de la Nouvelle-Écosse, dans l'arrêt *Re Rahey and The Queen, précité*; et celle de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Re Regina and Thompson, précité*, et celle des Territoires du Nord-Ouest dans l'arrêt *R. v. Dennis, Kubin and Frank* (1984), 14 D.L.R. (4th) 205. Toutefois, les cours d'appel du Manitoba, du Nouveau-Brunswick et du Québec n'ont pas adopté la démarche de *Barker v. Wingo*: *R. v. Belton* (Man.), précité; *R. v. Perry* (1984), 14 C.C.C. (3d) 5 (N.-B.); *Re Kott and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 317 (Qué.), autorisation de pourvoi à cette Cour refusée, [1983] 2 R.C.S. ix.

^d Si je conviens, pour l'essentiel, que le critère à adopter est un critère d'équilibration, je ne partage pas l'opinion de la Cour suprême des États-Unis quant aux éléments qu'il faut évaluer et aux fac-

in that test. The reason why and the extent to which I disagree is the result of my distinguishing between the Canadian *Charter* and its separate and more thorough treatment of "the fair trial right", and the American situation.

There are, in my view, four factors which must be considered under s. 11(b) in determining the reasonableness of any given delay. These are:

1. the growing impairment of the interests of the accused by the passage of time;
2. waiver of time periods;
3. the time requirements inherent in the nature of the case;
4. institutional resources.

The Growing Impairment of the Interests of the Accused

The interests of the accused which are protected by s. 11(b) have already been identified as the liberty and security of the person. Limitations on the liberty of the accused, as exemplified by pre-trial detention, are easily and objectively ascertainable. However, the liberty interest of the accused may also be impaired by restrictions on the free movement of the individual, imposed while released on bail. Burger C.J. of the United States Supreme Court wrote of the Sixth Amendment in *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982) at p. 8, that "[t]he speedy trial guarantee is designed . . . to reduce the lesser, but nevertheless substantial, impairment of liberty imposed on an accused while released on bail". The same is true of s. 11(b).

With respect to the security of the person, I do not believe that actual impairment need be proven by the accused to render the section operative. An objective standard is the only realistic means through which the security interest of the accused may be protected under the section. Otherwise, each individual accused would have the burden of demonstrating that he or she has subjectively suffered a form of anxiety, stress or stigmatization as a result of the criminal charge. We are dealing

teurs qu'il faut équilibrer en appliquant ce critère. Le motif de mon désaccord et sa portée proviennent de la distinction que je fais entre la *Charte* canadienne, qui traite de façon distincte et plus approfondie du «droit à un procès équitable», et la situation américaine.

Il existe, à mon avis, quatre facteurs dont il faut tenir compte pour décider, conformément à l'al. 11b), du caractère raisonnable de tout délai donné. Ce sont:

1. l'accroissement de l'atteinte aux intérêts de l'inculpé en fonction de l'écoulement du temps;
2. la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul;
3. les délais inhérents à la nature de l'affaire;
4. les ressources institutionnelles.

L'accroissement de l'atteinte aux intérêts de l'inculpé

Les intérêts de l'inculpé qui sont protégés par l'al. 11b) ont déjà été identifiés comme étant la liberté et la sécurité de la personne. Les limitations apportées à la liberté de l'inculpé, par exemple en cas de détention avant procès, sont facilement et objectivement évaluables. Toutefois on peut aussi porter atteinte à l'intérêt qu'a l'inculpé de jouir de la liberté en restreignant sa liberté de mouvements lorsqu'on le libère sous caution. Le juge en chef Burger de la Cour suprême des États-Unis a écrit au sujet du sixième Amendement, dans l'arrêt *United States v. MacDonald*, 456 U.S. 1 (1982), à la p. 8, que [TRADUCTION] «la garantie d'être jugé avec célérité vise . . . à réduire l'atteinte, moindre mais néanmoins importante, à la liberté de l'inculpé libéré sous cautionnement». Cela est vrai aussi de l'al. 11b).

Au sujet de la sécurité de la personne, je ne crois pas que ce soit à l'inculpé qu'il incombe de prouver qu'il y a effectivement eu atteinte pour que l'article soit applicable. Une norme objective est le seul moyen réaliste de protéger, en vertu de cet article, l'intérêt du prévenu en matière de sécurité. Autrement, chaque prévenu aurait la charge de démontrer qu'il ou elle a subjectivement souffert d'anxiété, de tension ou de stigmates par suite d'une accusation criminelle. Nous avons largement

largely with the impairment of mental well-being, a matter which can only be established with considerable difficulty at considerable cost.

As Brennan J. noted in *Dickey v. Florida*, *supra*, at p. 54:

... there is usually little chance of conclusively showing the harm sustained by an accused as a result of public accusation. One commentator has stated that '(t)here is no way of proving the prejudice to the accused which occurs outside the courtroom . . . the public suspicion, the severing of family and social ties, and the personal anxiety.' Note, *The Right to a Speedy Criminal Trial*, 57 *Col. L. Rev.* 846, 864.

Neither should the varying degrees of sensitivity as between individual accused be the focus of the courts' analysis. A subjective approach would not only place a well nigh impossible burden of proof on most accused but might also lead to an unacceptable measure of inequality of treatment.

The proper approach, in my view, is to recognize that prejudice underlies the right, while recognizing at the same time that actual proven prejudice need not, indeed, is not, relevant to establishing a violation of s. 11(b).

This approach is predicated upon two propositions. First, prejudice is part of the rationale for the right and is assured by the very presence of s. 11(b) in the *Charter*. Consequently, there exists an irrebuttable presumption that, as of the moment of the charge, the accused suffers a prejudice the guarantee is aimed at limiting, and that the prejudice increases over time.

Second, actual prejudice is, therefore, irrelevant when determining unreasonable delay. Actual prejudice will, however, be relevant to a determination of appropriate relief as will be hereafter explained. Prejudice to the liberty and security of the person, the former objectively ascertainable and the latter presumed, must be kept to a minimum if the presumption of innocence is to be respected.

While there may be impairment of the security of the person without concurrent limitations on the

affaire à un préjudice moral, ce qui ne peut être établi qu'au prix de difficultés et de frais considérables.

Comme l'a noté le juge Brennan dans l'arrêt *Dickey v. Florida*, précité, à la p. 54:

[TRADUCTION] . . . habituellement, il y a peu de chance qu'on puisse démontrer d'une manière concluante le dommage subi par le prévenu par suite d'une accusation publique. Un commentateur a déjà dit «qu'il n'existe aucun moyen de prouver le préjudice que l'accusé subit hors du prétoire . . . la suspicion publique, la rupture des liens familiaux et sociaux et l'angoisse personnelle». Note, *The Right to a Speedy Criminal Trial*, 57 *Col. L. Rev.* 846, à la p. 864.

Les degrés divers d'émotivité des différents accusés ne devraient pas non plus être le point de mire de l'analyse des tribunaux. Une démarche subjective non seulement imposerait un fardeau de preuve quasi impossible à la plupart des accusés, mais pourrait aussi susciter des inégalités de traitement fort inacceptables.

La démarche appropriée, à mon avis, consiste à reconnaître qu'un préjudice est sous-jacent à ce droit, tout en admettant aussi qu'un dommage réel prouvé n'a pas à être pertinent, ni d'ailleurs ne l'est, pour établir qu'il y a violation de l'al. 11b).

Cette démarche se fonde sur deux propositions. En premier lieu, le préjudice constitue l'une des raisons d'être du droit et il découle de la présence même de l'al. 11b) dans la *Charte*. En conséquence, il existe une présomption irréfragable que, dès l'inculpation, l'inculpé subit un préjudice que la garantie cherche à limiter, et ce préjudice s'accroît avec le temps.

En second lieu, l'existence d'un préjudice réel est donc sans pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer que le délai est déraisonnable. L'existence d'un préjudice réel deviendra toutefois pertinente lorsqu'il s'agira de trouver la réparation appropriée, comme je l'expliquerai ci-après. Les atteintes à la liberté et à la sécurité de la personne, l'une déterminable objectivement et l'autre présumée, doivent être réduites au minimum si la présomption d'innocence doit être respectée.

S'il peut y avoir atteinte à la sécurité de la personne sans qu'il y ait en conséquence atteinte à

liberty of the accused, the reverse is not equally true. Pre-trial detention or restrictions on the movement of the accused will necessarily be accompanied by a presumptive impairment of the security of the person. In such cases, there is therefore a double impairment as both interests will be affected. It is incumbent upon the government and the courts, in such cases, to accord a first priority to those persons whose interests in both liberty and security of the person have been impaired and particularly to those whose liberty is most severely limited, i.e. those persons who remain in detention prior to and during the trial. Such persons are, in effect, purging a sentence before they have ever been found guilty; while detention may be required under the circumstances of the case it nevertheless represents the most serious transgression of the presumption of innocence and must be limited to the shortest possible time.

Waiver of Time Periods

A second factor which must be considered is waiver of delay by the accused. Regarding waiver, I find the approach taken by this Court towards waiver of statutory procedural guarantees a useful starting point: *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at pp. 49-50:

As a general proposition, I should like to restate here what was said by our brother Dickson J., speaking for the Court, in *Park*, [1981] 2 S.C.R. 64. He was of course speaking of the waiver by counsel of a *voir dire* (at pp. 73-74):

No particular words or formula need be uttered by defence counsel to express the waiver and admission. All that is necessary is that the trial judge be satisfied that counsel understand the matter and has made an informed decision to waive the *voir dire*. (...) Although no particular form of words is necessary the waiver must be express. Silence or mere lack of objection does not constitute a lawful waiver. The question is—does the accused indeed waive the requirement of a *voir dire* and admit that the statement is voluntary and admissible in evidence? If that question can be answered in the affirmative I cannot

la liberté du prévenu, l'inverse n'est pas également vrai. La détention avant procès ou les restrictions imposées aux mouvements du prévenu seront nécessairement accompagnées d'une atteinte présumée à la sécurité de la personne. Dans de tels cas, il y a donc doublement atteinte puisque les deux intérêts seront touchés. Il appartient alors à l'État et aux tribunaux d'accorder priorité aux personnes dont les intérêts tant à jouir de la liberté qu'en matière de sécurité de la personne sont atteints et particulièrement à ceux dont la liberté est le plus sévèrement limitée, c.-à-d. aux justiciables qui sont détenus avant et pendant leur procès. Ces justiciables en effet purgent une peine avant d'avoir été reconnus coupables; si leur détention peut être requise dans les circonstances de l'espèce, il s'agit là néanmoins de la transgression la plus grave de la présomption d'innocence, aussi doit-elle être limitée au plus court laps de temps possible.

La renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul

Un second facteur dont il faut tenir compte est la renonciation du prévenu à invoquer le délai. Au sujet de la renonciation, j'estime que la démarche suivie par cette Cour dans le cas de la renonciation aux garanties légales en matière de procédure constitue un point de départ utile: *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, aux pp. 49 et 50:

Comme principe général, je reprends ici les propos de notre collègue, le juge Dickson, qui se prononçait au nom de la Cour, dans l'arrêt *Park*, [1981] 2 R.C.S. 64. Il parlait évidemment de la renonciation au voir dire par l'avocat (aux pp. 73 et 74):

L'avocat de la défense n'a pas besoin de prononcer de mots particuliers ni de suivre une formule spéciale pour manifester la renonciation et le consentement à la recevabilité. Il suffit que le juge du procès soit convaincu que l'avocat comprend de quoi il s'agit et qu'il a pris une décision éclairée de renoncer au voir dire. (...) Bien que ne nécessitant pas une formulation particulière, la renonciation doit tout de même être expresse. Le silence ou la simple absence d'opposition ne constitue pas une renonciation valide. La question est de savoir si l'accusé renonce effectivement à l'exigence d'un voir dire et s'il reconnaît que la déclaration est volontaire et recevable comme preuve. Si l'on peut répondre à cette question par l'affirma-

think that any further procedural safeguards are necessary to protect the rights of an accused person.

Indeed the Court is saying in *Park* that the validity of such a waiver, and I should add that that is so of any waiver, is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process. This has long been recognized, as is illustrated by many cases, and particularly so by those dealing with a judge's duties as regards a plea of guilty, which is the waiver by an accused of his right to put the Crown's case to the test of a trial. (See amongst others, *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426; *Brosseau v. The Queen*, [1969] S.C.R. 181). The judge's duties concerning any waiver are no different than those on a plea of guilty. The factors he will take into account in determining whether the accused has clearly and unequivocally made an informed decision to waive his rights will vary depending on the nature of the procedural requirement being waived and the importance of the right it was enacted to protect. However, always relevant will be the fact that the accused is or is not represented by counsel, counsel's experience, and, in my view of great importance in a country so varied as ours, the particular practice that has developed in the jurisdiction where the events are taking place.

Delay which is requested, caused by, or consented to, by the accused should normally be excluded from consideration when assessing the reasonableness of the overall period of delay. In some instances, however, the delay requested by the accused may be directly attributable to antecedent delay by the State; for example, where a key defence witness has moved during the delay period and must be traced by the defence. In such circumstances, the delay requested by the accused should not be excluded from consideration. Rather, it should be imputed to the State as part of the overall delay to be assessed.

As regards delay requested or consented to, however, a distinction must be drawn between represented and unrepresented accused. Where an accused, represented by counsel, has requested, or consented to delay, waiver of such delay may be deemed "clear and unequivocal" with "full knowl-

tive, je ne puis croire à la nécessité d'autres moyens de procédure pour protéger les droits d'un accusé.

En fait, la Cour dit dans l'arrêt *Park* que si cette renonciation doit être valide, et j'ajoute qu'il en est ainsi de toute renonciation, il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure. C'est un principe établi depuis longtemps, comme cela ressort d'un bon nombre d'arrêts, particulièrement ceux qui portent sur les devoirs du juge à l'égard d'un aveu de culpabilité car, en avouant sa culpabilité, l'accusé renonce à son droit de soumettre la preuve de la poursuite à l'épreuve du procès. (Voir, entre autres, *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426; *Brosseau c. La Reine*, [1969] R.C.S. 181). Les devoirs du juge en matière de renonciation ne sont pas différents de ceux qui lui incombent dans le cas d'un aveu de culpabilité. Les facteurs dont il tiendra compte pour décider si l'accusé à de façon claire et non équivoque pris une décision éclairée de renoncer à ses droits varieront en fonction de la nature de la règle de procédure en cause et de l'importance du droit qu'elle vise à protéger. Cependant, sont toujours pertinents la représentation ou la non-représentation de l'accusé par un avocat, l'expérience de l'avocat et, ce que j'estime être un facteur très important dans un pays qui comporte autant de diversité que le nôtre, la pratique particulière qui s'est établie dans le ressort où les événements se déroulent.

Le délai demandé, causé ou accepté par le prévenu devrait normalement être exclu de l'évaluation du caractère raisonnable de la période totale. Dans certains cas cependant, le délai demandé par le prévenu peut être directement attribuable à un délai antérieur dû à l'État par exemple, lorsqu'un témoin à décharge important a déménagé dans l'intervalle et que la défense doit maintenant le retracer. Dans de telles circonstances, le délai réclamé par le prévenu ne devrait pas être exclu de l'examen. Il devrait plutôt être imputé à l'État dans le délai total à évaluer.

Pendant pour ce qui est du délai demandé ou accepté, une distinction doit être faite entre le prévenu qui a pris un avocat et celui qui n'en a pas. Lorsque le prévenu, représenté par un avocat, a demandé ou accepté un délai, la renonciation à faire valoir le délai peut être réputée «claire et non

edge of the rights” and of the “effect the waiver will have on those rights”.

Such is not the case for unrepresented accused. Waiver must not only be requested or consented to, but it must also satisfy the requirements set out in *Korponay, supra*. The court, therefore, has a duty to ensure to its satisfaction that the waiver of time is clear, unequivocal, and informed as regards the right and the effect waiver will have on the right.

Waiver cannot, therefore, be inferred from silence, whether the accused be represented or not, except in cases where delay is caused by an accused. It must be express and informed. Furthermore such waiver does not affect the right but merely excludes such time as is waived from the calculation of reasonable time.

Nor can consent to one period of delay, e.g. an adjournment requested by the Crown, be construed as acquiescence to antecedent delay. It should be noted, however, that, while assertion is not relevant to the computation of time, it might well be relevant to preserving the right to invoke s. 11(b). By this I mean that an accused should not be able to raise delay arising before or during trial on appeal without having asserted his right before the end of the trial.

It should also be noted that the issue of waiver, or consent to delay, will necessitate modifications to current court practices. Provisions will have to be made for properly recording the reasons for adjournments, waiver, or consent to delay by the accused, noting the period of delay to which consent is given and ensuring that such consent is informed.

Finally, I would stress that assertion of his or her s. 11(b) right by the accused is irrelevant to the test of reasonableness and, contrary to the principle stated in *Barker v. Wingo, supra*, is not a factor to be considered or weighed under s. 11(b). Just as consent cannot be inferred from silence, failure to assert the right cannot be a factor

«équivoque», «en pleine connaissance des droits . . . protégés» et de «l'effet de la renonciation sur ces droits».

^a La situation est différente dans le cas du prévenu sans avocat. La renonciation doit non seulement avoir été demandée ou acceptée, mais elle doit aussi satisfaire aux exigences énoncées dans l'arrêt *Korponay*, précité. Le tribunal a donc le ^b devoir de s'assurer pleinement que la renonciation à invoquer le délai est claire, sans équivoque et éclairée quant au droit auquel on renonce et à l'effet de la renonciation à cet égard.

^c Une renonciation ne peut donc être déduite du silence, que le prévenu soit représenté ou non, sauf dans les cas où le délai est causé par le prévenu. Elle doit être expresse et éclairée. En outre, cette renonciation n'anéantit pas le droit, mais exclut ^d simplement la période en question du calcul de la durée du délai raisonnable.

L'acceptation d'un délai, tel un ajournement réclamé par la poursuite, ne saurait non plus être ^e interprétée comme un acquiescement donné à un délai antérieur. Il faut noter cependant que, bien qu'une revendication ne soit pas pertinente relativement au calcul des délais, elle peut fort bien ^f l'être pour préserver le droit d'invoquer l'al. 11b). Je veux dire par là qu'un prévenu ne devrait pas pouvoir invoquer un délai antérieur ou contemporain au procès lors de l'appel sans avoir revendiqué son droit avant la fin du procès.

^g Il faut aussi noter que la question de la renonciation, ou de l'acceptation du délai, va exiger des changements dans les pratiques judiciaires actuelles. Des dispositions devront être adoptées pour la ^h consignation appropriée des motifs d'ajournement, des renonciations ou des acceptations du délai par le prévenu, avec une énonciation de la période de délai qui est acceptée et l'assurance que cette acceptation est éclairée.

ⁱ Enfin, je souligne que la revendication par le prévenu de son droit selon l'al. 11b) n'a aucun rapport avec le critère du caractère raisonnable et, contrairement au principe exposé dans l'arrêt ^j *Barker v. Wingo*, précité, ne constitue pas un facteur à examiner ou à évaluer en regard de l'al. 11b). Tout comme le consentement ne peut être

weighed against the accused in the determination of reasonableness.

In the *Barker* case, Powell J. added as a factor the accused's assertion of his right. In so doing, Powell J. endeavoured to distinguish this requirement from the doctrine of waiver while rejecting the "demand rule". At pages 531-32 he went on to suggest that the absence of a demand is one of the factors to be considered.

Whether and how a defendant asserts his right is closely related to the other factors we have mentioned. The strength of his efforts will be affected by the length of the delay, to some extent by the reason for the delay, and most particularly by the personal prejudice, which is not always readily identifiable, that he experiences. The more serious the deprivation, the more likely a defendant is to complain. The defendant's assertion of his speedy trial right, then, is entitled to strong evidentiary weight in determining whether the defendant is being deprived of the right. We emphasize that failure to assert the right will make it difficult for a defendant to prove that he was denied a speedy trial.

Powell J., then, comes very close to accepting the "demand rule" which he had earlier rejected as inflexible and offensive to the basic premise that the courts will not infer waiver of a fundamental right from inaction: *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506 (1962).

I have two fundamental problems with this approach, the first concerning the method of waiver, which I have already discussed, and the second concerning what it is that is waived by an accused.

Waiver should, in my view, be seen not as going to the right itself but only to the time waived. This is the problem with the approach taken by Powell J. as it appears, despite disclaimer, to suggest waiver of the right resulting from lack of assertion. Without deciding here the possibility of

déduit du silence, le défaut du prévenu de revendiquer son droit ne saurait être un facteur jouant contre lui dans la détermination de ce qui est raisonnable.

^a Dans l'arrêt *Barker*, le juge Powell a ajouté comme facteur la revendication par le prévenu de son droit. Ce faisant, le juge Powell a cherché à distinguer cette exigence de la doctrine de la renonciation tout en rejetant la [TRADUCTION] «règle de la demande». Il a poursuivi en proposant que l'absence d'une demande soit l'un des facteurs à considérer, aux pp. 531 et 532:

^b [TRADUCTION] La décision du défendeur de revendiquer ou non son droit et la façon dont il le fait sont étroitement liées aux autres facteurs que nous avons mentionnés. L'intensité de ses efforts sera proportionnelle à la longueur du délai, dans une certaine mesure aussi à la raison du délai, et plus particulièrement au préjudice personnel qu'il a subi et qui n'est pas toujours facilement identifiable. Plus l'atteinte est grave, plus il y a de chance pour qu'un défendeur s'en plaigne. La revendication par le défendeur de son droit d'être jugé avec célérité devrait donc être considérée comme ayant une force probante importante lorsqu'il s'agit d'établir si le défendeur est privé de son droit. Il nous faut souligner qu'en ne revendiquant pas son droit, il sera difficile pour le défendeur de prouver qu'on a refusé de le juger avec célérité.

^c Le juge Powell en arrive donc quasiment à accepter la «règle de la demande» qu'il avait auparavant rejetée parce qu'inflexible et faisant injure à la prémisses fondamentale selon laquelle les tribunaux ne considéreront pas l'inaction comme une renonciation à un droit fondamental: *Carnley v. Cochran*, 369 U.S. 506 (1962).

^d Cette façon de voir me pose deux problèmes fondamentaux: le premier a trait au mode de renonciation, dont j'ai déjà parlé, et le second a trait à ce à quoi le prévenu renonce.

^e Une renonciation devrait, à mon avis, être perçue non pas comme une renonciation au droit lui-même, mais seulement au délai qu'elle vise. C'est là le problème que soulève la démarche du juge Powell, car elle semble, malgré l'affirmation contraire, suggérer qu'il y a renonciation au droit

waiver of *Charter* rights, I consider that time should itself be assessed subject to waiver.

Time Requirements Inherent in the Nature of the Case

Two other factors which must be considered by the courts, the requirements inherent in the nature of the case and institutional resources, are closely related. Yet it is important that the two be distinguished if the problem of inadequate institutional resources is to be properly addressed under s. 11(b).

The nature of the case is a factor which has been recognized in both American and international law. Powell J. wrote in *Barker v. Wingo*, *supra*, at pp. 530-31:

... The length of delay that will provoke such an inquiry is necessarily dependent upon the peculiar circumstances of the case. To take but one example, the delay that can be tolerated for an ordinary street crime is considerably less than for a serious, complex conspiracy charge.

In the *Wemhoff* case, Eur. Court H. R., judgment of 27 June 1968, Series A No. 7 (Publications of the European Court of Human Rights), at p. 15, the European Court of Human Rights also listed "difficulties in the investigation of the case (its complexity in respect of facts or number of witnesses or co-accused, need to obtain evidence abroad, etc.)" as a factor to be considered in determining whether the right to be brought to trial within a "reasonable time", guaranteed by article 5(3) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, had been breached.

The nature of the case is a factor which must necessarily be considered by the courts in assessing the reasonableness of delay. Consideration of this factor means, of course, that the standard of reasonableness will be very flexible and will vary from case to case depending upon the circumstances of each individual case. Yet, it is important to stress that this criterion is wholly objective. It is *not* concerned with the adequacy of institutional

parce qu'on ne l'a point invoqué. Sans me prononcer en l'espèce sur la possibilité de renoncer aux droits garantis par la *Charte*, j'estime que le délai lui-même devrait être évalué sous réserve de

a renonciation.

Délais inhérents à la nature de l'espèce

Deux autres facteurs dont doivent tenir compte les tribunaux, les délais inhérents à la nature de l'espèce et les ressources institutionnelles, sont étroitement liés. Néanmoins, il importe de les distinguer si la question des ressources institutionnelles inadéquates doit être examinée correctement en vertu de l'al. 11b).

La nature de l'espèce est un facteur reconnu et par le droit américain et par le droit international. Le juge Powell a écrit dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité, aux pp. 530 et 531:

[TRADUCTION] ... la longueur du délai que provoquera une telle enquête dépend nécessairement des circonstances particulières de l'espèce. Pour ne prendre qu'un exemple, le délai tolérable dans le cas d'un crime de rue ordinaire est considérablement moindre que dans le cas d'une accusation grave et complexe de complot.

Dans l'affaire *Wemhoff*, Cour eur. D. H., arrêt du 27 juin 1968, série A n° 7 (Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme), à la p. 15, la Cour européenne des Droits de l'Homme a aussi donné «des difficultés de l'instruction de l'affaire (sa complexité quant aux faits et au nombre des témoins et inculpés, nécessité de recueillir des preuves à l'étranger, etc.)» comme facteur à prendre en considération pour décider si le droit d'être jugé dans un «délai raisonnable», garanti par l'art. 5(3) de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, avait été enfreint.

La nature de l'espèce est un facteur dont les tribunaux doivent nécessairement tenir compte en évaluant le caractère raisonnable du délai. L'examen de ce facteur signifie naturellement que la norme du caractère raisonnable sera fort souple et variera avec les cas selon les circonstances de chaque espèce. Néanmoins, il est important de souligner que ce critère est entièrement objectif. Il n'a *aucun* rapport avec la suffisance des ressources

resources; it is *not* concerned with the difficulties which a particular police force, Crown office or court may face in preparing or trying a case that result from institutional inadequacies such as lack of personnel, facilities, etc. Rather, the court must fix an objective and realistic time period for the preparation of the type of case which is at bar. It must determine the period which would normally be required, taking into account the number of charges, the number of accused, the complexity and volume and similar objective elements, for the preparation and completion of the case if fully adequate institutional resources and facilities were available.

For example, if two weeks of testimony are drawn out over six weeks because of lack of facilities and the need to accommodate other commitments, only the two week period could be considered reasonable under this criterion, though, of course, it might possibly be excusable under the criterion of institutional facilities.

Judges will rely heavily upon their practical experience and good sense in determining appropriate time delays. They will not simply assume that a given delay the Crown is seeking to justify under this heading was necessary, but will undertake an objective assessment of the delay which may be required in the circumstances of the case. For example, in a complex conspiracy case, as opposed to a straight forward breaking and entering charge, it may well be that the police and Crown had ample opportunity to investigate and compile evidence prior to the laying of the charge such that the Crown should be able to proceed promptly to trial. In short, the courts must, in assessing the delays which are required by the complexity of the case, seek the greatest degree of promptness which could objectively be met were institutional resources fully adequate to the task.

Powell J. put emphasis on the conduct of the prosecution. This raises with me one of the most critical difficulties with his test, for I am of the view that the conduct of the prosecution, or of the

institutionnelles. Il n'a *aucun* rapport avec les difficultés que certains corps policiers, certains bureaux du substitut du procureur général ou tribunaux auraient rencontrées dans la constitution ou l'instruction d'un dossier par suite de déficiences institutionnelles, tel le manque de personnel, de moyens, etc. Plutôt, le tribunal doit fixer une période de temps objective et réaliste pour la préparation du genre d'affaires dont il est saisi. Il doit déterminer le temps qui serait normalement requis, compte tenu du nombre d'accusations, du nombre d'accusés, de la complexité et du volume de l'affaire et d'éléments objectifs similaires, pour la préparation et la constitution du dossier, s'il disposait de toutes les ressources institutionnelles et de moyens adéquats.

Par exemple, si deux semaines de témoignages sont étendues sur six semaines par suite du manque de moyens et de la nécessité de faire face à d'autres engagements, seule une période de deux semaines pourra être considérée comme raisonnable selon ce critère, bien qu'évidemment cette situation puisse être excusable en vertu du critère des ressources institutionnelles.

Les juges devront souvent faire largement appel à leur expérience pratique et à leur bon sens lorsqu'ils auront à décider de la durée appropriée des délais. Ils ne devront pas simplement présumer qu'un délai donné que la poursuite cherche à justifier sous cette rubrique était nécessaire; ils devront procéder à une évaluation objective du délai requis dans les circonstances de l'espèce. Par exemple, dans une affaire complexe de complot, par opposition à une simple accusation d'introduction par effraction, il se pourra que la police et la poursuite aient eu amplement l'occasion d'enquêter et de réunir des preuves avant l'inculpation, de sorte que la poursuite devrait pouvoir procéder rapidement au procès. En bref, les tribunaux doivent, en évaluant les délais requis par la complexité de l'affaire, rechercher le plus grand degré de célérité qui pourrait objectivement être atteint si les ressources institutionnelles étaient parfaitement adéquates.

Le juge Powell a mis l'accent sur le comportement de la poursuite. C'est cet aspect de son critère qui pose à mon sens les plus grandes difficultés, car je suis d'avis que le comportement de la

judicial authorities for that matter, is largely irrelevant to the determination of reasonableness under s. 11(b).

Powell J. wrote, in *Barker v. Wingo*, *supra*, at p. 531:

Here, too, different weights should be assigned to different reasons. A deliberate attempt to delay the trial in order to hamper the defense should be weighted heavily against the government. A more neutral reason such as negligence or overcrowded courts should be weighted less heavily but nevertheless should be considered since the ultimate responsibility for such circumstances must rest with the government rather than with the defendant. Finally, a valid reason, such as a missing witness, should serve to justify appropriate delay.

He thus identifies three different types of reasons for delay: governmental misconduct, errors of circumstance, and institutional limitations.

The first is "deliberate" delay designed to "hamper the defense"; it is to be "weighted heavily" against the government. This is in accord with the view expressed by Brennan J. in *Dickey v. Florida*, *supra*, at p. 43, that:

Deliberate governmental delay in the hope of obtaining an advantage over the accused is not unknown. In such a circumstance, the fair administration of criminal justice is imperiled. The Speedy Trial Clause then serves the public interest by penalizing official abuse of the criminal process and discouraging official lawlessness Thus the guarantee protects our common interest that government prosecute, not persecute, those whom it accuses of crime.

The purpose of s. 11(b), however, is not to penalize or sanction misconduct by the authorities. The section is concerned not with abuse of process but with abusive process. The Crown's motives, whatever they may be, do not render a reasonable delay unreasonable nor can they transform an unreasonable delay into a reasonable lapse of time. Thus, whether the delay is the result of malice, negligence or inadvertence is of little import, the remedy being in all cases at least a stay, except, of course, when considering additional remedies, such as damages.

poursuite, ou même d'ailleurs des autorités judiciaires, est largement sans pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui est raisonnable selon l'al. 11b).

^a Le juge Powell a écrit, dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, précité, à la p. 531:

[TRADUCTION] Ici aussi, un poids différent doit être attribué à différentes raisons. Une tentative délibérée de retarder le procès dans le but de nuire aux droits de la défense devrait peser lourdement contre le gouvernement. Un motif plus neutre, tels la négligence ou des tribunaux surchargés, devrait peser moins lourd, mais néanmoins être pris en considération puisque la responsabilité ultime de telles circonstances doit reposer sur le gouvernement plutôt que sur le défendeur. Finalement, un motif valide, telle l'absence d'un témoin, devrait servir à justifier un délai approprié.

^b Le juge relève donc trois types différents de raisons au délai: un comportement gouvernemental répréhensible, les erreurs de circonstance et les limitations institutionnelles.

^c Le premier est le délai «délibéré», dans le but de «nuire aux droits de la défense»; il doit «peser lourdement» contre l'État. Cela correspond aux vues exprimées par le juge Brennan dans l'arrêt *Dickey v. Florida*, précité, à la p. 43:

[TRADUCTION] Le délai gouvernemental délibéré dans l'espoir de marquer des points contre le prévenu n'est pas inconnu. Dans un tel cas, l'administration impartiale de la justice criminelle est mise en péril. La clause du droit d'être jugé avec célérité sert alors l'intérêt public en pénalisant l'abus officiel de la procédure criminelle et en décourageant l'illégalité officielle Ainsi, cette garantie protège notre intérêt commun à ce que le gouvernement poursuive et non persécute ceux qu'il a accusés de crime.

^d L'objet de l'al. 11b), toutefois, n'est pas de pénaliser ni de sanctionner le comportement répréhensible des autorités. L'article ne vise pas l'abus des voies de droit, mais une procédure abusive. Les motifs de la poursuite, quels qu'ils soient, ne rendent pas raisonnable un délai déraisonnable et ne peuvent transformer un délai déraisonnable en un laps de temps raisonnable. Ainsi, peu importe que le délai soit dû à la malignité, à la négligence ou à l'inadvertance, la réparation sera toujours au moins une suspension d'instance sauf, bien entendu, lorsqu'on recherche une réparation supplémentaire comme des dommages-intérêts.

With respect, whether governmental delay is deliberate or not is irrelevant to the determination of the violation. Indeed, the right may be violated, in some circumstances, despite the best intentions and best efforts of the authorities. The function of the doctrine of abuse of process is, therefore, in my view entirely distinct from that of s. 11(b). While a reduction in official misconduct may be a consequence of s. 11(b), this is not its purpose. In the eyes of the individual accused, it matters little whether the delay is imputable to the authorities or not; what truly matters is the extent to which the delay will impair his or her interests. Section 11(b) does not to any extent represent an entrenchment or an extension of the common law doctrine of abuse of process.

The second type of reason, "a valid reason", such as a missing witness "justifies", in Powell J.'s view, "an appropriate delay". I do not see any compelling reason, however, for considering that circumstances such as a missing prosecution witness will render valid an overly lengthy delay. The accused's interests are no less stricken because the prosecution is unable to find its witness or its file. It is no longer the individual but the state which must bear the brunt of the inconvenience of such circumstances. Let us not forget that it is not the individual who chose to initiate the prosecution and the time to do so. Failure to bring the case for the prosecution forward within a reasonable period of time, as defined earlier, will result in a violation of s. 11(b).

Of course, it is to be noted that, in appropriate cases, such as when the authorities are satisfied, given the circumstances, that the disappearance of a witness is not without suspicion, it will always be open to the Attorney General to enter a stay under the *Code*. This will, understandably, not be done lightly, as the prosecution will have to convince the Attorney General to adopt this route, thereby attracting political accountability.

The third type of reason advanced by Powell J. leads us to a consideration of our fourth criterion, institutional limitations.

En toute déférence, que le délai gouvernemental soit délibéré ou non est sans pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a violation. D'ailleurs, il peut y avoir violation de ce droit dans certaines circonstances en dépit des meilleures intentions et de tous les efforts des autorités. Le rôle de la doctrine de l'abus des voies de droit est donc, à mon avis, entièrement distinct de celui de l'al. 11b). Certes, une diminution de comportement répréhensible officiel peut découler de l'al. 11b), mais ce n'est pas son objet. Aux yeux du prévenu, il importe peu que le délai soit imputable aux autorités ou non; ce qui importe vraiment est la mesure dans laquelle le délai portera atteinte à ses intérêts. L'alinéa 11b) ne constitue nullement une codification, ni une extension de la doctrine de *common law* d'abus des voies de droit.

Le second genre de raison, «un motif valide», comme le témoin manquant, «justifie», dans l'optique du juge Powell, «un délai approprié». Je ne vois aucune raison cependant qui oblige à voir dans certaines circonstances, tel le cas du témoin à charge manquant, la validation d'un long délai indû. Les intérêts du prévenu n'en sont pas moins atteints par le fait que la poursuite est incapable de retrouver son témoin ou son dossier. Ce n'est plus l'individu mais l'État qui doit supporter les inconvénients de telles circonstances. N'oublions pas que ce n'est pas l'individu qui choisit d'intenter une poursuite et le moment pour le faire. Le défaut de la poursuite de présenter sa preuve dans un délai raisonnable, tel que défini précédemment, résultera en une violation de l'al. 11b).

Naturellement, on notera que, dans les cas appropriés où les autorités sont convaincues, compte tenu des circonstances, que la disparition d'un témoin prête au soupçon, il sera toujours possible au procureur général d'ordonner l'arrêt de la procédure en vertu du *Code*. Cela, on le comprendra, ne sera pas fait à la légère, puisque la poursuite devra convaincre le procureur général d'adopter cette voie, ce qui le rendra, par le fait même, politiquement comptable.

Le troisième genre de raison avancée par le juge Powell nous amène à examiner notre quatrième critère, les limitations institutionnelles.

Institutional Resources

In an ideal world there would be no delays in bringing an accused to trial and there would be no difficulties in securing fully adequate funding, personnel and facilities for the administration of criminal justice. As we do not live in such a world, some allowance must be made for limited institutional resources.

It is imperative, however, that in recognizing the need for such a criterion we do not simply legitimize current and future delays resulting from inadequate institutional resources. For the criterion of institutional resources, more than any other, threatens to become a source of justification for prolonged and unacceptable delay. There must, therefore, be some limit to which inadequate resources can be used to excuse delay and impair the interests of the individual.

In seeking to apply this fourth criterion, the courts must refrain from simply drawing an average between the worst and the best in the country, that is, between those areas where delays are longest and those which offer the best examples of promptness. The appropriate models are those jurisdictions which have the greater degrees of promptness, or the lesser amounts of systemic delay. They are examples of the appropriate accommodation between demands on the system and allocation of available resources.

It is no answer to say that demands on the system may be less in some areas than in, to give an example, a congested urban centre. The point is that there has been in such jurisdictions an allocation of *sufficient* resources to meet the demands and administer the criminal justice system with minimal delay. Greater delays in other areas may simply mean that sufficient resources have not been allocated to deal adequately with current demands. The measure of what is possible in adjusting resources to demands comes from those jurisdictions which have the lesser amounts of systemic delay. That is the measure which must serve for all jurisdictions.

Ressources institutionnelles

Dans un monde idéal, le procès d'un prévenu serait tenu sans délai et il n'y aurait aucune difficulté à obtenir suffisamment de fonds, de personnel et de moyens pour les fins de l'administration de la justice criminelle. Mais comme nous ne vivons pas dans un tel monde, il faut bien faire la part des ressources institutionnelles limitées.

Il est impératif toutefois qu'en reconnaissant la nécessité de ce critère on ne légitime pas tout simplement les délais actuels et futurs imputables au manque de ressources institutionnelles. En effet, ce critère plus que tout autre tend à devenir une source de justification des délais prolongés et inacceptables. Il faut donc fixer certaines limites à l'utilisation du manque de ressources pour excuser les délais et porter atteinte aux intérêts individuels.

Lorsqu'ils chercheront à appliquer ce quatrième critère, les tribunaux devront se garder de faire une simple moyenne entre ce qu'il y a de pire et ce qu'il y a de mieux au pays, c'est-à-dire, entre les régions où les délais sont les plus longs et celles offrant les meilleurs exemples de promptitude. Les modèles appropriés sont les ressorts qui ont le plus haut degré de promptitude ou le moins grand nombre de délais systémiques. Ce sont les exemples d'un accommodement approprié entre ce que l'on demande du système et l'allocation des ressources disponibles.

Il ne suffit pas de dire que dans certaines régions on exige moins du système que, par exemple, dans un centre urbain congestionné. Ce qui importe, c'est que dans ces juridictions il y a eu une allocation de ressources *suffisantes* pour répondre aux demandes et administrer la justice criminelle dans des délais minimums. De plus grands délais dans d'autres régions peuvent simplement signifier qu'on n'a pas alloué suffisamment de ressources pour répondre adéquatement aux besoins existants. La mesure de ce qui est possible dans l'ajustement des ressources aux besoins nous est donnée par ces juridictions où il y a le moins de délais systémiques. C'est là la mesure qui doit servir dans toutes les juridictions.

Such a criterion has the obvious advantage of being anchored in reality. It does not seek to impose an arbitrary standard, such as a fixed ceiling, e.g. four months or five months, on excusable delay but looks to what has in fact been accomplished in various jurisdictions. It is those very jurisdictions which have been most successful in minimizing systemic delay which thus set the measure of what is possible, rather than the courts *in abstracto*. Additionally, this approach is more flexible than would be fixed ceilings, all the while establishing an objective, national standard. It would reduce discrepancies between different parts of the country and ensure that “unreasonable delay in run-of-the-mill criminal cases cannot be justified by simply asserting that the public resources provided by the State’s criminal-justice system are limited and that each case must await its turn” (*Barker v. Wingo, supra, per White J., Brennan J. concurring, at p. 538*).

Admittedly, however, this is a criterion which is difficult to measure and apply in the absence of factual evidence. Moreover, since the Crown in this case did not invoke institutional limitations as a justification for delay, there has been no argument before this Court as regards this criterion. Nor has there been any evidence adduced which would enable this Court to establish clearer and more precise guidelines for the courts.

Matters could, of course, be expedited either by legislation, which would then be subject to s. 1 of the *Charter*, or by a reference to one of the courts of appeal or to this Court. The whole issue could thus be considered thoroughly and not at the expense and through the limited means of an accused and local Crown authorities.

Nevertheless, one cannot simply walk away from the question without giving some indication as to the principles which should, in the absence of appropriate information, guide the courts in determining the extent to which inadequate institutional resources may serve to justify delay. Of course, the institutional limitations must at the outset be genuine. But that alone is not sufficient.

Un tel critère a l’avantage évident d’être ancré dans la réalité. Il ne vise pas à imposer une norme arbitraire, tel un plafond fixe, c’est-à-dire quatre ou cinq mois, au délai excusable, mais il recherche la pratique réelle des différents ressorts. Ce sont donc les ressorts, qui ont précisément réussi à réduire les délais systémiques, qui indiquent ce qui est possible et non les tribunaux dans l’abstrait. En outre, cette démarche est plus souple que le plafond fixe tout en établissant une norme objective et nationale. Elle devrait réduire les divergences entre les différentes parties du pays et assurer qu’ [TRANSDUCTION] «on ne puisse pas justifier des délais déraisonnables dans les affaires criminelles courantes en affirmant simplement que les ressources publiques attribuées par l’État au système de justice criminelle sont limitées et que chaque affaire doit attendre son tour» (*Barker v. Wingo, précité, le juge White aux motifs duquel le juge Brennan a souscrit, à la p. 538*).

Il s’agit là, cependant, d’un critère difficile à mesurer et à appliquer, en l’absence de preuve sur les faits. En outre, puisque la poursuite n’invoque pas en l’espèce les limitations institutionnelles pour justifier le délai, cette Cour n’a entendu aucune plaidoirie à cet égard. Aucune preuve n’a été présentée pour permettre à la Cour d’établir des lignes directrices plus claires et précises pour les tribunaux.

La question pourrait évidemment être réglée par la loi, qui serait alors assujettie à l’article premier de la *Charte*, ou par renvoi à l’une des cours d’appel ou à cette Cour. Toute la question pourrait alors être analysée à fond et non aux dépens d’un accusé et d’un substitut du procureur général local et en utilisant leurs moyens limités.

Quoi qu’il en soit, on ne peut vraiment pas laisser la question en suspens sans donner des indications sur les principes qui devraient, en l’absence d’information appropriée, guider les tribunaux lorsqu’ils déterminent dans quelle mesure des ressources institutionnelles insuffisantes peuvent servir à justifier un délai. Évidemment, il faut que les limitations institutionnelles soient au départ réelles. Mais cela seul ne suffit pas.

Parliament itself has clearly contemplated that the criminal justice system should function within certain minimum delay periods and has thus given us indications as to what should be tolerable limits on delay caused by inadequate institutional resources. Various examples of specific time periods can thus be found in our *Criminal Code*.

The *Code* provides at s. 459, that where an accused has been charged with an offence other than an offence mentioned in s. 457.7, is being detained in custody and the trial has not commenced, the person having custody of the accused shall, upon the expiration of

(a) ninety days in the case of an indictable offence; or

(b) thirty days in the case of a summary conviction offence

apply to a judge for a hearing to determine whether or not the accused should be released from custody. Section 732.1 of the *Code* (in force at the time of writing this judgment) provided that the Attorney General could enter a stay of proceedings and later recommence proceedings without laying a new information, except that where no notice of recommencement had been given within one year after the entry of the stay or before the expiration of the time within which the proceedings could have been instituted, whichever was the earlier, the proceedings were deemed never to have been commenced.

Additionally, s. 465(1)(b) of the *Code* enables a justice to adjourn a preliminary inquiry where it appears to be desirable to do so by reason of the absence of a witness, the inability of a witness who is ill to attend or for any other sufficient reason, but for no longer than eight days unless the accused and the prosecutor consent to the proposed adjournment. Under s. 465(1)(c) a justice may also remand an accused to custody for observation for a period not exceeding 30 days where there is reason to believe that the accused may be mentally ill or disturbed; the period of detention may be prolonged, under s. 465(2)(b), up to a period not exceeding 60 days where the justice is

Le législateur a clairement considéré que le système de justice criminelle devrait fonctionner dans certains délais minimums et nous a donc donné des indications sur ce qui devrait constituer des limites tolérables au délai causé par des ressources institutionnelles insuffisantes. On trouve différents exemples de délais précis dans notre *Code criminel*.

Le *Code* prévoit à l'art. 459 que, lorsqu'un prévenu inculpé d'une infraction autre qu'une infraction mentionnée à l'art. 457.7 est détenu et que le procès n'est pas commencé, la personne ayant la garde du prévenu doit, dès l'expiration de

a) quatre-vingt-dix jours dans le cas d'un acte criminel ou

b) trente jours dans le cas d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité,

demander à un juge une audition aux fins de déterminer si le prévenu devrait être mis en liberté ou non. L'article 732.1 du *Code* (au moment de la rédaction de ce jugement) disposait que le procureur général pouvait arrêter la procédure et qu'il pourrait ultérieurement la reprendre sans qu'une nouvelle dénonciation fut formulée sauf que, lorsqu'aucun avis de reprise n'était donné dans l'année qui suivait l'inscription de la suspension ou avant l'expiration du délai dans lequel les procédures auraient pu être engagées, si ce délai expire le premier, les procédures étaient réputées n'avoir jamais été entamées.

De plus, l'al. 465(1)b) du *Code* permet à un juge de paix d'ajourner une enquête préliminaire lorsque la chose paraît opportune en raison de l'absence d'un témoin, de l'impossibilité pour un témoin malade d'être présent ou pour tout autre motif suffisant, pour au plus huit jours, à moins que le prévenu et le poursuivant ne consentent à l'ajournement projeté. En vertu de l'al. 465(1)c), un juge de paix peut aussi renvoyer un prévenu en détention pour observation pendant trente jours au plus, lorsqu'il y a des motifs de croire que le prévenu peut être atteint d'une maladie mentale ou est mentalement déséquilibré; la détention peut être prolongée, en vertu de l'al. 465(2)b), pour une

satisfied that observation for such period is required in all the circumstances of the case.

By such provisions, Parliament has indicated that under normal circumstances, the criminal justice system should be capable of functioning adequately within relatively narrow periods of delay. As such, it has provided useful indications, to which the courts should refer in setting the appropriate limits on delay caused by limited institutional resources.

Other common law jurisdictions have also established various periods of delay which can provide useful indications for our courts.

For example, the Rules of Criminal Procedure adopted by the Pennsylvania Supreme Court provide at Rule 1100(a)(2), that,

Trial in a court case in which a written complaint is filed against the defendant after June 30, 1974 shall commence no later than one hundred and eighty (180) days from the date on which the complaint is filed.

In addition, a number of American statutes provide specific periods of time within which accused must be brought to trial: e.g. *California Penal Code* § 1382 (West 1985) stipulates that when a person has been "held to answer" for an offence, an information must be filed within 15 days and that a defendant must be brought to trial within 60 days of the indictment or filing of the information; in misdemeanour cases, the defendant must be brought to trial within 30 days after arraignment if he is in custody, or 45 days in all other cases; *Colorado Criminal Code*, Colo. Rev. Stat. § 18-1-405 (1973), states that a defendant must be brought to trial within 6 months; *Illinois Code of Criminal Procedure*, Ill. Ann. Stat. ch. 38, § 103-5 (Smith-Hurd 1980), states that every person in custody shall be tried within 120 days from the date he was taken into custody and that every person on bail or recognizance shall be tried within 160 days; *Michigan Code of Criminal Procedure*, Mich. Stat. Ann. § 28.978 (Callaghan 1985), provides that every person held in prison upon an indictment shall be tried at the next term

période ne dépassant pas soixante jours, lorsque le juge de paix est convaincu qu'une telle période est requise compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.

^a Par ces dispositions, le législateur a indiqué que, dans des circonstances normales, le système de justice criminelle devrait pouvoir fonctionner adéquatement dans des délais relativement restreints. ^b Ainsi, il a donné des indications utiles auxquelles les tribunaux devraient se référer en fixant les limites appropriées aux délais imputables aux ressources institutionnelles limitées.

^c D'autres juridictions de *common law* ont aussi fixé différents délais qui peuvent fournir des indications utiles à nos tribunaux.

^d Par exemple, le règlement de procédure criminelle adopté par la Cour suprême de Pennsylvanie prévoit en son par. 1100(a)(2), que:

[TRADUCTION] L'instruction d'une affaire en justice dans laquelle une plainte écrite est produite contre le défendeur après le 30 juin 1974, doit commencer au plus tard dans les cent quatre-vingts (180) jours de la date de production de la plainte.

^e En outre, plusieurs lois américaines prévoient divers délais dans lesquels le prévenu doit être jugé: par exemple, l'art. 1382 du *California Penal Code* (West 1985) énonce que, lorsqu'un justiciable a [TRADUCTION] «eu à répondre» d'une infraction, une dénonciation doit être produite dans les 15 jours, et le défendeur jugé dans les 60 jours de l'accusation ou du dépôt de la dénonciation. En cas de délit, le défendeur doit être jugé dans les 30 jours de la première comparution s'il est détenu, ou dans les 45 jours dans tous les autres cas. Le *Colorado Criminal Code*, Colo. Rev. Stat. § 18-1-405 (1973), dispose qu'un défendeur doit être jugé dans les 6 mois; le *Illinois Code of Criminal Procedure*, Ill. Ann. Stat. chap. 38, § 103-5 (Smith-Hurd 1980), porte que tout détenu doit être jugé dans les 120 jours de la date de mise en détention, et que tout justiciable libéré sous cautionnement ou autre sûreté sera jugé dans les 160 jours; le *Michigan Code of Criminal Procedure*, Mich. Stat. Ann. § 28.978 (Callaghan 1985), prévoit que toute personne incarcérée après mise en accusation doit au terme de 6 mois depuis le jour

of the court after the expiration of 6 months from the time when he was imprisoned; *South Carolina Code of Criminal Procedure*, S.C. Code Ann. § 17-23-90 (Law Co-op. 1985), provides that a person held in custody must be indicted and tried within two court terms after his confinement (see *State v. Fasket*, 5 Rich. (39 SCL) 255 (1851)); 18 U.S.C. ch. 208 § 3161(c)(1) (1982) states that in any case in which a plea of not guilty is entered, the trial must commence within 70 days.

There appears to be considerable variation in the length of delay which is permitted under the various statutes. It has been noted, however, that in contrast to the specific statutory delays, the *ad hoc* approach to speedy trial under the Sixth Amendment has rarely led to dismissal for delay of less than several years. (Note, "The Lagging Right to a Speedy Trial," 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965) at pp. 1590-91; see, e.g., *Taylor v. United States*, 238 F.2d 259 (1956 C.A.D.C.) (6 years); *United States v. Provoo*, 17 F.R.D. 183 (1955 D.C. Md.), *aff'd* 350 U.S. 857 (1955) (6 years); *United States v. Chase*, 135 F. Supp. 230 (1955 D.C. Ill.) (20 years)). Even in the landmark case of *Barker v. Wingo*, *supra*, it was held that a five year delay did not violate the right to a speedy trial. This in my view is to be avoided.

Finally, in seeking to apply this criterion, the courts should bear in mind the purpose of s. 11(b), which is to limit the various forms of prejudice to the accused (who is presumed innocent) by circumscribing the time period within which they may occur. The courts must not simply legitimize current and future delays resulting from inadequate institutional resources.

As this criterion takes on precision with the adduction of appropriate information and a growing number of decisions, none should delude himself or herself as to its consequences. In some areas of the country, delays in bringing accused to trial might well be wholly unacceptable and significant efforts will be required to meet the test of s. 11(b). It may well be that the criminal justice system as a whole will have to be accorded greater priority; it

de l'incarcération être jugée à la session suivante du tribunal; le *South Carolina Code of Criminal Procedure*, S.C. Code Ann. § 17-23-90 (Law Co-op. 1985), prévoit qu'un individu détenu doit être accusé et jugé au cours des deux sessions judiciaires suivant son incarcération (voir *State v. Fasket*, 5 Rich. (39 SCL) 255 (1851)); le 18 U.S.C. chap. 208 § 3161(c)(1) (1982) prévoit que, dans tous les cas où il y a plaidoyer de non-culpabilité, il doit y avoir procès dans les 70 jours.

Il semble donc y avoir des divergences considérables quant à la durée du délai qui est autorisé par ces diverses lois. On a signalé cependant que contrairement aux délais légaux précis, l'approche *ad hoc*, en regard du droit d'être jugé avec célérité selon le sixième Amendement, a rarement conduit à un non-lieu pour délai quand celui-ci n'est pas d'au moins plusieurs années. (Note, «The Lagging Right to a Speedy Trial», 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965), aux pp. 1590 et 1591; voir, par exemple, *Taylor v. United States*, 238 F.2d 259 (1956 C.A.D.C.) (6 ans); *United States v. Provoo*, 17 F.R.D. 183 (1955 D.C.Md.), *conf.* 350 U.S. 857 (1955) (6 ans); *United States v. Chase*, 135 F. Supp. 230 (1955 D.C. Ill.) (20 ans)). Même dans l'arrêt de principe *Barker v. Wingo*, précité, on a jugé qu'un délai de cinq ans ne violait pas le droit d'être jugé avec célérité. Quant à moi cela doit être évité.

Enfin, en cherchant à appliquer ce critère, les tribunaux doivent garder à l'esprit le but de l'al. 11b), soit de limiter les différentes formes de préjudice envers l'accusé (qui est présumé innocent) en délimitant la période où elles peuvent se produire. Les tribunaux ne doivent pas simplement légitimer les délais actuels et futurs imputables à l'insuffisance des ressources institutionnelles.

Comme ce critère se précisera avec la présentation de l'information appropriée et avec la somme des décisions rendues, il ne faut pas se faire d'illusions sur ses conséquences. Dans certaines régions du pays, les délais mis à tenir le procès d'un prévenu seront peut-être totalement inacceptables et des efforts importants seront nécessaires si l'on veut satisfaire au critère de l'al. 11b). Il se peut que la justice criminelle dans son ensemble doive

may also mean that within the criminal justice system greater priority will need be given to providing sufficient resources, both human and financial, for the courts and the Crown offices. By giving effect to the rights of the accused under s. 11(b), governments will be addressing the problem of providing sufficient resources for the administration of criminal justice. Failure to do so, however, will lead to a result which all would prefer to avoid, the freeing of the guilty for reasons other than failure on the part of the Crown to discharge its burden of proof.

Adoption in Canadian law of the third type of reason outlined by Powell J., the "more neutral reason", without limits or ceilings would lead to unacceptable results, as it would amount to little more than affixing a constitutional seal of approval upon the *status quo*. Indeed, the problem of systemic delay, that is, delay attributable to the fault of no specific individual actor or actors within the criminal justice system, is the acid test of s. 11(b).

In many ways, the problem of systemic delay poses one of the first significant challenges to this Court's interpretation and application of the *Charter*. Although other *Charter* issues have, of course, been resolved and Lord Sankey L.C.'s famous passage in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 at p. 136 has been oft cited (see, e.g. *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357 at p. 365), none of these has yet had such significant consequences for the administration of justice. Under s. 11(b), the courts cannot simply admonish the executive or legislative branches for failure to meet the requirements of the *Charter*; we must now look to ourselves and determine whether the judiciary is adequately responding to the demands of the *Charter* as well. Although all branches of government have a measure of responsibility, the judiciary must play a central role in ensuring that the

recevoir une plus grande priorité; cela peut aussi signifier qu'au sein même de la justice criminelle, une plus grande priorité devra être donnée à une allocation suffisante de ressources, tant humaines que financières, aux tribunaux et aux bureaux des substituts. En donnant effet aux droits de l'inculpé selon l'al. 11b), les gouvernements auront à faire face au problème d'allouer suffisamment de ressources à l'administration de la justice criminelle. L'absence de telles mesures conduira toutefois à un résultat que tous préféreraient éviter, soit la remise en liberté de coupables pour des raisons autres que l'incapacité de la poursuite de s'acquitter de son fardeau de preuve.

L'adoption en droit canadien du troisième genre de raisons exposé par le juge Powell, le «motif plus neutre», sans limite ni plafond, conduirait à des résultats inacceptables, car cela équivaudrait à peu de chose près à apposer un sceau constitutionnel d'approbation sur le statu quo. D'ailleurs, le problème du délai systémique, c'est-à-dire du délai qu'on ne peut attribuer à la faute d'un ou de plusieurs acteurs précis au sein du système de justice criminelle, constitue le critère décisif d'application de l'al. 11b).

De bien des façons, le problème du délai systémique constitue l'un des premiers défis importants d'interprétation et d'application de la *Charte* par cette Cour. Si d'autres questions relatives à la *Charte* ont, bien entendu, été résolues et si le fameux passage du lord chancelier Sankey dans l'arrêt *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136, a été souvent cité (voir par exemple, *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 365), aucune n'a jusqu'à maintenant eu des conséquences aussi importantes pour l'administration de la justice. En vertu de l'al. 11b), les tribunaux ne peuvent simplement admonester l'exécutif ou le législatif pour n'avoir pas respecté les exigences de la *Charte*; nous devons maintenant faire notre propre examen de conscience et décider si le judiciaire répond lui aussi adéquatement aux exigences de la *Charte*. Si toutes les branches de gouvernement sont responsables dans une certaine mesure, c'est néanmoins au judiciaire qu'il appartient de jouer un rôle central, en s'assurant que le droit

right to be tried within a reasonable time is not frustrated by systemic delay.

Our legislators have, by the entrenchment of s. 11(b), established as a fundamental societal priority the maintenance of an effective and prompt system for the administration of criminal justice. There can be no assumption that the constitutional right to be tried within a reasonable time must conform to the *status quo*; rather, it is the system for the administration of criminal justice which must conform to the constitutional requirements of the *Charter*. We cannot shrink from our task of interpreting the *Charter* in a full and fair manner, even when, and perhaps especially when, we are confronted with the possibility of resulting significant institutional adjustment.

Of course, it is obvious that s. 11(b) is not an absolute right; few rights, if any, can be considered absolute. It is equally obvious that societal resources are not unlimited. Consequently, there will of necessity be limits to which funding, facilities and personnel can be devoted to the prompt and proper administration of criminal justice. Additionally, care must be taken to ensure that justice is not sacrificed to speed, for the latter is not an end itself but simply one element of the former. Assembly-line justice is neither desirable nor required by s. 11(b); in fact it will often result in a breach of the accused's right to a fair trial guaranteed under ss. 7 and 11(d).

One inevitable conclusion which flows from the foregoing is that the test of reasonableness required by s. 11(b) cannot be founded upon the criterion "reasons for delay", as elaborated by Powell J. in *Barker v. Wingo, supra*.

The factors which are to be considered in the test of reasonableness under s. 11(b) differ considerably from those which have been elaborated in *Barker v. Wingo, supra*. To that extent, therefore, I am in respectful disagreement with the approach taken in *R. v. Antoine, supra*, and other Canadian cases which would have imported without appropriate qualification the *Barker v. Wingo* standard into the *Charter*.

d'être jugé dans un délai raisonnable n'est pas frustré par les délais systémiques.

Nos législateurs ont, en enchâssant l'al. 11b), établi comme priorité fondamentale de notre société, le maintien d'un système efficace et rapide d'administration de la justice criminelle. On ne saurait présumer que le droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable doit se conformer au statu quo; plutôt, c'est le système d'administration de la justice qui doit se conformer aux exigences constitutionnelles de la *Charte*. Nous ne pouvons nous dérober à notre tâche qui est d'interpréter la *Charte* d'une façon globale et équitable même lorsque, et peut être surtout lorsque nous avons à faire face à l'éventualité d'un ajustement important des institutions.

Naturellement, il est évident que l'al. 11b) n'est pas un droit absolu; peu de droits, si tant est qu'il en existe, peuvent être considérés absolus. Il est également évident que les ressources de la société ne sont pas illimitées. En conséquence, il y aura nécessairement des limites à l'affectation de fonds, de moyens et de personnel à une bonne et prompt administration de la justice criminelle. En sus, il faut s'assurer que la justice ne soit pas sacrifiée à la célérité, car celle-ci n'est pas une fin en elle-même, mais simplement un élément de la justice. Une justice à la chaîne n'est ni désirable ni exigée par l'al. 11b); en fait cela résulterait souvent en une atteinte au droit de l'inculpé à un procès équitable, que garantissent l'art. 7 et l'al. 11d).

Une des conclusions inévitables découlant de ce qui précède est que le critère du caractère raisonnable imposé par l'al. 11b) ne saurait être fondé sur le critère des «raisons justifiant le délai» élaboré par le juge Powell dans l'arrêt *Barker v. Wingo, précité*.

Les facteurs qui doivent être examinés lorsqu'on se demande ce qui est raisonnable en vertu de l'al. 11b) diffèrent considérablement de ceux élaborés dans l'arrêt *Barker v. Wingo, précité*. Dans cette mesure donc, avec déférence, je suis en désaccord avec la démarche suivie dans l'arrêt *R. v. Antoine, précité*, et dans d'autres affaires canadiennes qui ont importé dans la *Charte*, sans réserve appropriée, la norme dégagée par l'arrêt *Barker v. Wingo*.

The Test

Our test of reasonableness involves a balancing of the impairment of the accused's interests, such impairment becoming increasingly pronounced with the passage of time, against the other three factors: (1) waiver of time periods, (2) the time requirements inherent in the nature of the case and (3) limitations to institutional resources. The latter three serve to justify delay, or continued impairment of the accused's interests.

Reference Periods

There is no magic moment beyond which a violation will be deemed to have occurred, and this Court should refrain from legislating same. In reality, however, when judges assess the situation in individual cases, they will be measuring the delays against some norm each judge considers to be *prima facie* the tolerable limit for the ordinary, average case, dependent upon whether it is to be tried summarily, before a judge, or by a jury. The same operation of course applies to courts of appeal when reviewing findings below. We cannot be blind to the fact that the dynamics of the assessment of the reasonableness of prejudice due to the passage of time will in reality involve reference by the judge to some personal average point in time.

Martin J.A., in *R. v. Antoine, supra*, acknowledges the presence in the judge's mind of some standard beyond which there will be *prima facie* a violation, where he said, at p. 106:

In my view, in determining the question whether the respondent's right under s. 11(b) of the Charter to be tried within a reasonable time has been infringed, the preferable approach is to examine the entire period between the laying of the initial information and the trial of the accused to determine whether the delay, in the circumstances, was reasonable. The determination of the reasonableness of the delay requires an examination of the reasons for the delay, if *prima facie* the delay appears excessive.

I hasten to add that a finding that the delay involved is *prima facie* excessive is *not* a condition precedent to the inquiry into the reasonableness of the delay, i.e., to the weighing and balancing of the

Le critère

Notre critère du caractère raisonnable implique une équilibrage de l'atteinte aux droits de l'accusé, qui augmente radicalement avec le passage du temps, et des trois autres facteurs: (1) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; (2) les délais inhérents à la nature de l'affaire et (3) les limitations des ressources institutionnelles. Ces trois derniers permettent de justifier le délai ou l'atteinte continue aux intérêts de l'accusé.

Périodes de référence

Il n'y a pas de moment magique après lequel une violation sera censée avoir lieu et cette Cour devrait éviter d'en adopter un. En réalité, lorsque les juges évalueront la situation dans chaque cas, ils mesureront les délais par rapport à une norme considérée, à première vue, comme la limite tolérable dans une affaire ordinaire et moyenne, suivant qu'elle doit être jugée de façon sommaire, par un juge ou par un jury. La même démarche s'applique évidemment aux cours d'appel dans leur examen des conclusions de première instance. On ne peut pas ignorer le fait que la dynamique de l'évaluation du caractère raisonnable du préjudice imputable au passage du temps amènera en réalité chaque juge à recourir à une durée moyenne personnelle.

Dans l'affaire *R. v. Antoine*, précitée, le juge Martin reconnaît qu'il existe dans l'esprit du juge une norme par delà laquelle il y aura à première vue violation, quand il dit à la p. 106:

[TRADUCTION] À mon avis, pour déterminer si on a enfreint les droits de l'intimé en vertu de l'al. 11b) de la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable, il est préférable d'examiner toute la période entre le dépôt de la dénonciation initiale et le procès de l'accusé pour déterminer si le délai était, en l'espèce, raisonnable. Pour déterminer le caractère raisonnable du délai, il faut en examiner les raisons si, à première vue, il apparaît excessif.

Je m'empresse d'ajouter qu'il n'est pas nécessaire de conclure que le délai en cause est à première vue excessif pour en examiner le caractère raisonnable, c.-à-d., pour entreprendre l'équi-

four criteria elaborated above. It is simply an approximate point at which the courts may properly look to the Crown to justify additional delay. Such a period, of course, is, I should repeat, no more than a reference point. It may well be that a balancing of the four criteria of reasonableness will lead to a finding of a violation for lesser periods of delay. Conversely, greater periods of delay may well be held to be reasonable depending upon, once again, an assessment and a weighing of the criteria. What does happen, and that is a reality that must be acknowledged, is that there comes a time when the judge turns from the applicant to the Crown to be told what is exceptional in the case.

It is the application under s. 24(1) which triggers the inquiry, not the passage of a certain period of time. The amount of time elapsed determines who of the Crown or applicant the judge will call upon to justify the case being unusual.

What these periods should be in concrete terms is a question that will be answered as more and more s. 11(b) applications are decided by the trial and appeal courts.

Person Charged

Though the time span considered in this case undoubtedly ran after Mills had become "a person charged", the meaning of those words must be determined with some precision.

Though s. 11 of the *Charter* applies to offences other than those prosecuted under the *Criminal Code*, I will address only the latter.

A number of courts have suggested that the word "charged" in s. 11 serves only to indicate the class of persons entitled to assert the right and not the starting point for the computation of time. (See, e.g. *R. v. Dahlem* (1983), 25 Sask. R. 10 (Q.B.); *Re Rahey and The Queen, supra*; *R. v. H. W. Corkum Construction Co.* (1983), 57 N.S.R. (2d) 241 (C.A.)) Others have held that the word "charged" indicates both the class of persons entitled to assert the right and the point of commencement for the "reasonable time" inquiry.

libration des quatre critères développés ci-dessus. C'est simplement un point approximatif à partir duquel les tribunaux peuvent à bon droit demander à la poursuite de justifier un délai additionnel. Une telle période n'est bien sûr, je le répète, rien de plus qu'un point de référence. Il se peut qu'une équilibrage des quatre critères du caractère raisonnable amène à conclure qu'il y a eu violation pour des délais inférieurs. À l'inverse, des délais plus longs pourront bien être jugés raisonnables selon, une fois encore, une évaluation et une appréciation des critères. Ce qui se produit effectivement, et c'est une réalité qu'il faut bien reconnaître, est qu'à un moment donné le juge va s'adresser non au requérant mais à la poursuite pour se faire expliquer ce que l'affaire a d'exceptionnel.

C'est la demande fondée sur le par. 24(1) qui déclenche l'enquête et non le passage d'un certain laps de temps. Le laps de temps détermine à qui de la poursuite ou du requérant le juge demandera de justifier en quoi l'affaire est inhabituelle.

La durée de ces périodes en termes concrets est une question à laquelle on répondra au fur et à mesure que les tribunaux de première instance et les cours d'appel trancheront des demandes fondées sur l'al. 11b).

L'inculpé

Si le laps de temps en cause en l'espèce a indubitablement commencé à courir après que Mills soit devenu un «inculpé», le sens de ce terme doit être déterminé avec une certaine précision.

Bien que l'art. 11 de la *Charte* s'applique à des infractions autres que celles réprimées en vertu du *Code criminel*, je ne traiterai que de ces dernières.

Plusieurs tribunaux ont suggéré que le terme «inculpé» à l'art. 11 ne fait qu'indiquer la catégorie de personnes autorisées à faire valoir leurs droits et non le point de départ du calcul du délai. (Voir, par exemple, *R. v. Dahlem* (1983), 25 Sask. R. 10 (B.R.); *Re Rahey and The Queen*, précité; *R. v. H. W. Corkum Construction Co.* (1983), 57 N.S.R. (2d) 241 (C.A.)) D'autres ont jugé que le terme «inculpé» indique et la catégorie de personnes autorisées à revendiquer le droit et le point de départ de l'enquête sur le «délai raisonnable». (Voir, par

(See, e.g. *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286 (B.C.S.C.); *R. v. Boron* (1983), 36 C.R. (3d) 329 (Ont. H.C.); *R. v. Lefort* (1984), 12 C.C.C. (3d) 332 (Que. S.P.); *Re Regina and Carter* (1983), 9 C.C.C. (3d) 173 (B.C.S.C.))

The Ontario Court of Appeal seems to have adopted a third position. In *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1, the views of Dubin J.A., speaking for the court, were summarized as follows in the headnote:

The reasonable delay referred to is the delay between the time that a person is charged and the time that he is tried, and there was no such delay in this case. While the court may consider what has transpired before the laying of the charge in determining whether there has been an unreasonable post-charge delay, as there was no delay in this case the trial judge erred in invoking s. 11(b).

This approach, however, seems to be premised on the view that the reasons for the delay, as elaborated in *Barker v. Wingo*, is properly part of the test of reasonableness. I have already indicated, however, that the *Barker* criteria and, in particular the conduct of the Crown, do not form part of the test under s. 11(b). Hence, with respect, I do not believe that the approach taken by the Ontario Court of Appeal on this issue is appropriate for s. 11(b).

I agree, rather, with the view that the time frame to be considered in computing trial within a reasonable time only runs from the moment a person is charged. Pre-charge delay will in no way impair those interests with which s. 11(b) is concerned. Prior to the charge, the individual will not normally be subject to restraint nor will he or she stand accused before the community of committing a crime. Thus, those aspects of the liberty and security of the person protected by s. 11(b) will not be placed in jeopardy prior to the institution of judicial proceedings against the individual by means of the charge.

Pre-charge delay is relevant, however, to the right to a fair trial protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. I am in substantial agreement with the following passage from McKay J.'s judgment in *Attorney General of British Columbia v. Craig*

exemple, *R. v. Belcourt* (1982), 69 C.C.C. (2d) 286 (C.S.C.-B.); *R. v. Boron* (1983), 36 C.R. (3d) 329 (H.C. Ont.); *R. v. Lefort* (1984), 12 C.C.C. (3d) 332 (C.S.P. Qué.); *Re Regina and Carter* (1983), 9 C.C.C. (3d) 173 (C.S.C.-B.)

La Cour d'appel de l'Ontario semble avoir adopté une troisième position. Dans son arrêt *R. v. Young* (1984), 13 C.C.C. (3d) 1, l'opinion du juge Dubin, parlant au nom de la Cour, a été résumée en ces termes dans le sommaire:

[TRADUCTION] Le délai raisonnable dont il est fait mention court du moment de l'inculpation jusqu'au procès; or il n'y a eu aucun délai de ce genre en l'espèce. Bien que le tribunal puisse examiner ce qui s'est passé avant l'inculpation pour déterminer s'il y a eu un délai déraisonnable après l'inculpation, comme il n'y a eu aucun délai en l'espèce, le juge de première instance a invoqué à tort l'al. 11b).

Cette démarche semble cependant fondée sur l'opinion selon laquelle les raisons justifiant le délai, telles qu'énoncées dans l'arrêt *Barker v. Wingo*, font à bon droit partie du critère du caractère raisonnable. J'ai déjà dit cependant que les critères de l'arrêt *Barker* et, en particulier le comportement de la poursuite, ne font pas partie du critère applicable à l'al. 11b). Donc, avec égards, je ne crois pas que la démarche de la Cour d'appel de l'Ontario à ce sujet soit appropriée dans le cas de l'al. 11b).

Je partage plutôt l'opinion selon laquelle le laps de temps dont il faut tenir compte pour déterminer si le procès a eu lieu dans un délai raisonnable, ne court que du moment de l'inculpation. Le délai antérieur à l'inculpation ne porte nullement atteinte aux droits que vise l'al. 11b). Avant l'inculpation, la liberté de l'individu ne sera pas restreinte et celui-ci ne sera pas considéré par la collectivité comme accusé d'un crime. Ainsi ces aspects de la liberté ou de la sécurité de la personne protégés par l'al. 11b) ne seront pas menacés avant qu'une inculpation ait déclenché des poursuites judiciaires.

Le délai antérieur à l'inculpation est pertinent cependant pour le droit à un procès équitable que protègent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Je souscris pour l'essentiel au passage suivant du jugement du juge McKay dans l'affaire *Attorney*

Prov. J. (1983), 36 C.R. (3d) 346 (B.C.S.C.) in which he stated, at p. 353:

I have no doubt that relief is available under s. 11(d) or s. 7 and possibly by way of a finding of abuse of process if it is demonstrated that pre-information or pre-indictment delay would cause substantial prejudice to an accused's right to a fair trial and that the delay was caused by the police or the Crown for an oblique purpose.

Pre-charge delay is relevant under ss. 7 and 11(d) because it is not the length of the delay which matters but rather the effect of that delay upon the fairness of the trial. Pre-charge delay is as relevant as any other form of pre-charge or post-charge conduct which has a bearing upon the fairness of the trial. In other words, pre-charge delay is relevant to those interests which are protected by the right to a fair trial whereas it is irrelevant to those which are protected by s. 11(b). Similarly, pre-charge delay may be a relevant consideration under the doctrine of abuse of process in the same manner as any other conduct by the police or the Crown which may be held to constitute an abuse of process.

A good many definitions of the word "charged" have been advanced in both the pre-*Charter* and post-*Charter* jurisprudence. Of particular note are the comments of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985. In that case, Dickson J. wrote, at p. 1005:

As the Supreme Court of the United States observed in *United States v. Patterson* (1893), 150 U.S.R. 65 (at p. 68) a criminal charge, strictly speaking, exists only when a formal written complaint has been made against the accused and a prosecution initiated. "In the eyes of the law a person is charged with crime only when he is called upon in a legal proceeding to answer such a charge".

I do not believe, however, that the terms of the *Charter* are necessarily bound by definitions formulated in pre-*Charter* times in different contexts and for different purposes. The definition given to the word "charged" as it relates to s. 11(b) must

General of British Columbia v. Craig Prov. J. (1983), 36 C.R. (3d) 346 (C.S.C.-B.), où il dit à la p. 353:

[TRADUCTION] Je ne doute pas qu'il existe un recours en vertu de l'al. 11d) ou de l'art. 7 ou peut-être par constatation d'un abus des voies de droit, s'il est démontré qu'un délai antérieur à la dénonciation ou à la mise en accusation a causé un préjudice important au droit du prévenu à un procès équitable et que le délai a été causé par la police ou la poursuite pour une fin détournée.

Le délai antérieur à l'inculpation est pertinent en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d), car ce n'est pas la durée du délai qui importe, mais plutôt l'effet de ce délai sur l'équité du procès. Un délai antérieur à l'inculpation est aussi pertinent que toute autre forme de comportement antérieur ou postérieur à l'inculpation qui a un effet sur l'équité du procès. En d'autres termes, le délai antérieur à l'inculpation est pertinent quant aux intérêts que le droit à un procès équitable protège, alors qu'il ne l'est pas pour ceux que protège l'al. 11b). De même, le délai antérieur à l'inculpation peut être un élément pertinent aux termes de la doctrine de l'abus des voies de droit, de même que tout autre comportement de la police ou de la poursuite qui pourrait être considéré comme un abus des voies de droit.

Bien des définitions du terme «inculpation» ont été proposées par la jurisprudence tant antérieure que postérieure à la *Charte*. On notera tout particulièrement les commentaires du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985. Dans cette affaire, le juge Dickson écrit, à la p. 1005:

Comme l'a fait remarquer la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Patterson*, (1893), 150 U.S.R. 65, à la p. 68, une accusation criminelle, à proprement parler, n'existe que lorsqu'une plainte formelle par écrit a été portée contre l'accusé et que des poursuites ont été entamées. [TRADUCTION] «Selon la loi, une personne est accusée d'un crime seulement lorsqu'elle doit répondre à cette accusation dans des procédures légales.»

Je ne crois cependant pas que les termes qu'emploie la *Charte* soient nécessairement liés par des définitions données antérieurement à son adoption dans des contextes différents et pour des fins différentes. La définition du terme «inculpation» par

be in accord with the nature and purpose of the section.

As Le Dain J. has written in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 638:

In my opinion the premise that the framers of the *Charter* must be presumed to have intended that the words used by it should be given the meaning which had been given to them by judicial decisions at the time the *Charter* was enacted is not a reliable guide to its interpretation and application. By its very nature a constitutional charter of rights and freedoms must use general language which is capable of development and adaptation by the courts.

Moreover, the definition must take into consideration the variety of means by which an individual may be brought into the criminal justice process. And finally, it should be a "substantive" rather than a "formal" definition: Eur. Court H. R., *Deweere* case, judgment of 27 February 1980, Series A No. 35 (Publications of the European Court of Human Rights), at p. 23.

Accordingly, I am of the view that the definition of the word "charged" which is most appropriate under s. 11(b) is the following. A person is charged as of,

- (a) the service of a summons, the execution of a warrant pursuant to the laying of an information under s. 455.3 of the *Criminal Code*, or as of the moment a person is informed by the authorities of their existence; or
- (b) the issuance of an appearance notice under s. 451 of the *Code* or release from custody under ss. 452 or 453 of the *Code*; or
- (c) as of the arrest, in the case of all other arrested persons not covered by (a) or (b).

This definition is consistent with the rationale of s. 11(b). The charge, from which the "reasonable time" inquiry begins, will thus correspond to the start of the impairment of the accused's interests in the liberty and security of the person.

Keeping this rationale in mind, there will be instances where a person might be considered as

rapport à l'al. 11b) doit s'harmoniser à la nature et à l'objet de l'article.

Comme l'a écrit le juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 638:

Selon moi, la prémisse portant qu'il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ses termes reçoivent le sens que leur donnait la jurisprudence à l'époque de son adoption n'est pas un guide fiable quant à la façon de l'interpréter et de l'appliquer. De par sa nature même une charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d'évolution et d'adaptation par les tribunaux.

De plus, la définition doit tenir compte des divers moyens d'amener un individu à comparaître devant la justice criminelle. Et enfin, ce devrait être une définition de conception «matérielle» plutôt qu'une définition «formelle»: Cour. eur. D. H., affaire *Deweere*, arrêt du 27 février 1980, série A n° 35 (Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme) à la p. 23.

C'est pourquoi je suis d'avis que la définition du terme «inculpé» la plus appropriée aux termes de l'al. 11b) est la suivante. Il y a inculpation dès qu'il y a:

- a) signification d'une sommation, exécution d'un mandat en vertu d'une dénonciation aux termes de l'art. 455.3 du *Code criminel* ou dès le moment où les autorités informent la personne de leur existence; ou
- b) délivrance d'une citation à comparaître en vertu de l'art. 451 du *Code* ou mise en liberté aux termes des art. 452 ou 453 du *Code*; ou
- c) arrestation, dans le cas de toutes les autres personnes arrêtées non visées en a) ou en b).

Cette définition est conforme au raisonnement qui sous-tend l'al. 11b). L'inculpation, point de départ de l'examen du caractère «raisonnable» du laps de temps, correspondra donc au moment où l'on porte atteinte aux intérêts du prévenu de jouir de la liberté et de la sécurité de sa personne.

Gardant ce raisonnement à l'esprit, dans certains cas, une personne pourra être considérée

“charged” prior to the actual charge for which he is being prosecuted. To give but one example. If the Crown withdraws the charge to charge under a different section but for the same transaction; in such a case, subject to the circumstances it might well be appropriate to consider that, for the purpose of assessing the reasonableness of the time elapsed, the applicant was charged as of the former charge.

Remedies

Section 11(b) gives an accused person the right to be tried within a reasonable time. After the passage of an unreasonable period of time, however, no trial, not even the fairest possible trial, is permissible. For a finding of unreasonable delay is, in effect, a finding of a s. 11(b) violation; to allow a trial to proceed after such a finding would be to participate in a further violation of the *Charter*. In effect, therefore, s. 11(b) gives an accused person the right *not* to be tried once an unreasonable period of time has elapsed. In *Barker v. Wingo*, Powell J. wrote at p. 522:

The amorphous quality of the right also leads to the unsatisfactorily severe remedy of dismissal of the indictment when the right has been deprived. This is indeed a serious consequence because it means that a defendant who may be guilty of a serious crime will go free, without having been tried. Such a remedy is more serious than an exclusionary rule or a reversal for a new trial, but it is the only possible remedy.

Burger C.J. later wrote in *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973) at p. 440, “In light of the policies which underlie the right to a speedy trial, dismissal must remain, as *Barker* noted, ‘the only possible remedy.’” The same is true, in my view, under s. 11(b), in that a trial cannot be allowed to proceed subsequent to a finding that a violation has occurred.

I am also in substantial agreement, however, with the following passage of Martin J.A. in *Re Regina and Beason*, *supra*, at p. 43:

In my opinion there may well be cases where, balancing all the various factors, . . . it will be apparent that the point is being approached, although it has not yet been reached, when any significant continuation of the

comme un «prévenu» avant d’être inculpée de l’infraction pour laquelle on la poursuit. Donnons un seul exemple: la poursuite retire l’accusation pour en porter une nouvelle en vertu d’un article différent mais pour la même affaire; dans ce cas, sous réserve des circonstances, il pourrait bien être approprié de considérer que, dans le but d’évaluer le caractère raisonnable du délai écoulé, le requérant a été inculpé à compter de la première accusation.

La réparation

L’alinéa 11b) confère au prévenu le droit d’être jugé dans un délai raisonnable. Passé un laps de temps déraisonnable cependant, aucun procès, si équitable soit-il, n’est autorisé. En effet juger qu’il y a délai déraisonnable revient, en fait, à juger qu’il y a violation de l’al. 11b); laisser un procès se poursuivre après une telle conclusion serait se faire complice d’une autre violation de la *Charte*. En fait donc, l’al. 11b) confère au prévenu le droit de *ne pas* être jugé une fois écoulé un laps de temps déraisonnable. Dans l’arrêt *Barker v. Wingo*, le juge Powell écrit à la p. 522:

[TRADUCTION] Le caractère indéfini du droit suscite aussi une sanction radicale insatisfaisante, soit la cassation de l’accusation en cas de négation du droit. C’est là en vérité une conséquence grave car cela signifie qu’on remettra peut-être en liberté un défendeur coupable d’un crime grave sans l’avoir jugé. Cette sanction a un effet beaucoup plus grave qu’une règle d’exclusion ou qu’un renvoi à un nouveau procès, mais c’est la seule possible.

Le juge en chef Burger a écrit ultérieurement dans l’arrêt *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973), à la p. 440: [TRADUCTION] «Compte tenu des principes qui sous-tendent le droit d’être jugé avec célérité, le non-lieu demeure, comme le notait l’arrêt *Barker*, «la seule sanction possible» ». Il en est de même, à mon avis, dans le cas de l’al. 11b); on ne peut en effet laisser le procès suivre son cours après avoir constaté la violation.

Cependant, je souscris aussi pour l’essentiel au passage suivant du juge Martin, dans l’arrêt *Re Regina and Beason*, précité, à la p. 43:

[TRADUCTION] À mon avis, il peut fort bien y avoir des cas où, compte tenu des divers facteurs, . . . il sera apparent qu’on en arrive à un point, sans l’avoir encore atteint, où la continuation notoire du délai dans le

delay in the trial of an accused person will result in an abridgment of his constitutional right to be tried within a reasonable time. In those circumstances the court, in the exercise of its inherent power to control its own process, may direct that the trial proceed at an early date and dismiss the charge if the Crown fails to proceed on that date.

It is, in other words, open to the courts to take preventive measures, based on their inherent power to control their process, prior to an actual violation of s. 11(b). Where, however, on balancing the various factors, the court decides that the accused's right to be tried within a reasonable time has already been contravened, a stay of proceedings will be the appropriate remedy. It is not necessarily the only remedy, for additional remedies may be just and appropriate in the circumstances of the case. The stay is a minimum remedy, to which others may be added, such as, possibly, damages, if it be proved that there was malice on the part of the Crown and resulting prejudice.

Transitional Period

This case is the first to have presented this Court with the opportunity of establishing appropriate guidelines for the application of s. 11(b). The full scope of the section, and the nature of the obligation it has imposed upon the government and the courts has remained uncertain for the period prior to the rendering of this judgment.

Given this uncertainty and the terminative nature of the remedy for a violation of the section, i.e., a stay of proceedings, I am of the view that a transitional approach is appropriate, and indeed necessary, to enable the courts and the governments to properly discharge their burden under s. 11(b). This is not to say that different criteria ought to apply during the transitional period, that is, the period prior to the rendering of this judgment, but rather that the behaviour of the accused and the authorities must be evaluated in its proper context. In other words, it would be inaccurate to give effect to behaviour which occurred prior to this judgment against a standard the parameters of which were unknown to all.

procès du prévenu portera atteinte à son droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable. Dans ce cas, le tribunal, qui est maître de sa procédure, pourra ordonner de tenir le procès à une date rapprochée et prononcer un non-lieu si la poursuite n'agit pas à ce moment-là.

Autrement dit, les tribunaux peuvent prendre des mesures préventives, parce qu'ils sont maîtres de leur propre procédure, avant qu'il y ait vraiment violation de l'al. 11b). Lorsque cependant, tenant compte des divers facteurs, le tribunal décide que le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable a déjà été enfreint, la réparation appropriée sera la suspension d'instance. Ce n'est pas nécessairement la seule réparation; d'autres formes de réparation peuvent être tout aussi justes et appropriées selon les circonstances. La suspension est un minimum auquel d'autres formes de réparation, tels par exemple les dommages-intérêts, peuvent être ajoutées, si l'on prouve l'intention malveillante de la poursuite et un préjudice en découlant.

Période transitoire

Cette affaire est la première qui offre à la Cour l'occasion de donner des directives appropriées sur l'application de l'al. 11b). La portée exacte de l'alinéa, et la nature de l'obligation qu'il impose au gouvernement et aux tribunaux, demeureraient incertaines avant que le présent arrêt ne soit rendu.

Vu cette incertitude et la nature décisive de la réparation en cas d'infraction à l'alinéa, c.-à-d. une suspension d'instance, je suis d'avis qu'une période transitoire est utile et même s'impose pour permettre aux tribunaux et au gouvernement de s'acquitter correctement de leurs obligations en vertu de l'al. 11b). Cela ne veut pas dire que des critères différents devraient s'appliquer pendant la période de transition, c'est-à-dire la période antérieure au présent jugement, mais plutôt que le comportement de l'inculpé et des autorités doit être évalué dans son contexte particulier. En d'autres termes, il ne serait pas approprié de donner suite à un comportement adopté antérieurement à ce jugement par rapport à une norme dont les éléments étaient inconnus de tous.

Consequently, facts relevant to two of the criteria of reasonableness which have been elaborated in this judgment, i.e., waiver of delay and limitations to institutional resources, must be evaluated differently during the transitional period.

Silence by the accused or defence counsel in the face of requests for delay by the Crown, cannot, during the transitional period, be given the same consequences as after this period. Where there is no indication in the record of an objection by the accused or defence counsel, that silence should generally be construed as acquiescence in the delay. To do otherwise would be to retrospectively attach consequences to behaviour, when those were not intended at the time.

For similar reasons, while delay which is due to limited institutional resources is still a factor to be considered and weighed, it will be open to the courts, during the transitional period, to excuse any passage of time as long as it is the result of actual institutional limitations.

Under no circumstances, however, are such transitional measures to apply to persons who are charged subsequent to the rendering of this judgment.

It should be noted that this transitional approach also accommodates the problem of pre-*Charter* delay. The test of reasonableness remains essentially the same for both pre-*Charter* and post-*Charter* delay. Hence, pre-*Charter* delay is to be considered and given the same weight, assessed in the same manner, as post-*Charter* delay when determining a violation.

Before addressing the facts of this case, two observations seem to me appropriate. A trial court's assessment of the "time requirements inherent in the nature of the case" should only in very exceptional cases be interfered with by reviewing courts. Likewise, the superior court and the court of appeal of a province are better placed than this Court to assess whether time elapsed is actually due to institutional limitations.

Par conséquent, les faits pertinents relativement à deux des critères du caractère raisonnable élaborés dans ce jugement, soit la renonciation à invoquer le délai et les limitations des ressources institutionnelles, doivent être évalués différemment pendant la période de transition.

Au cours de la période de transition, on ne saurait attribuer au silence de l'inculpé ou de l'avocat de la défense devant les demandes de délai de la poursuite les mêmes conséquences qu'après cette période. Quand rien n'indique au dossier que l'inculpé ou l'avocat de la défense s'y sont opposés, on doit généralement interpréter ce silence comme une acceptation du délai. Conclure autrement attribuerait des conséquences rétroactives à un comportement alors que tel n'était pas le but à ce moment là.

Pour des raisons semblables, bien que le retard imputable aux ressources institutionnelles limitées soit encore un facteur dont il faut tenir compte, il appartiendra aux tribunaux, au cours de la période de transition, d'excuser tout laps de temps du moment qu'il découle de limitations institutionnelles réelles.

Toutefois, ces mesures transitoires ne devront en aucune façon s'appliquer aux personnes qui seront inculpées après le prononcé de cet arrêt.

Il convient de souligner que ces mesures transitoires règlent également le problème du délai antérieur à la *Charte*. Le critère du caractère raisonnable demeure essentiellement identique que le délai soit antérieur ou postérieur à la *Charte*. Ainsi, le délai antérieur à la *Charte* doit être considéré comme le délai postérieur à la *Charte*, recevoir le même poids et être évalué de la même façon quand on établit une violation.

Avant de considérer les faits de l'espèce, deux observations me semblent appropriées. L'évaluation par le tribunal de première instance des «délais inhérents à la nature de l'espèce» ne devrait être modifiée que dans des cas très exceptionnels par les juridictions d'appel. De même, la cour supérieure et la cour d'appel d'une province sont mieux placées que cette Cour pour évaluer si le délai écoulé est effectivement dû à des limitations institutionnelles.

In short, this Court should not interfere with a court of appeal's final determination of a s. 11(b) application, except when a matter of principle is involved or when clearly unacceptable delay is being excused.

Now to dispose of this case.

The delay in this case, if unexplained, is surely *prima facie* unreasonable. Of course most of it is easily explained by the fact that the accused caused it and there is therefore waiver as regards those periods of time. There remains Osborne J.'s finding that there was a delay of nineteen months which was not caused by the applicant. Such a delay is open to justification, such as, to give examples, acquiesced to by the applicant or because of institutional limitations or because of some excusable peculiar difficulty inherent in the nature of the case. However, the Crown's position as regards those nineteen months is, to put it at its best, to excuse nine months and to acknowledge that the remaining ten months were caused by non-intentional but nevertheless negligent inaction on its part. With deference to contrary views, I am of the view that ten months to try a person is in run-of-the-mill situations long and, if challenged under the *Charter*, needs to be explained and justified; and in most cases probably will. Those ten months when inserted into other explained and justified periods of time still stand to be explained. The Crown's admission as regards those ten months of inaction due to nothing else but negligence renders the overall period to bring Mills to trial unreasonable.

I am not unmindful of the fact that Mills' conduct in relation to this case was the cause of much delay. But this does not excuse those ten months of inaction, though under other circumstances it could have done so.

I would therefore allow the appeal and order that the proceedings before Judge Baker be stayed.

The reasons of Beetz, McIntyre and Chouinard were delivered by

MCINTYRE J.—This appeal involves consideration of the term a "court of competent jurisdic-

En bref, cette Cour ne doit pas modifier une décision définitive d'une cour d'appel relative à une demande selon l'al. 11b), sauf quand une question de principe est en cause ou quand on excuse un délai clairement inacceptable.

Maintenant pour régler la présente affaire.

Le délai en l'espèce, s'il est inexpliqué, est sûrement à première vue déraisonnable. Certes la plus grande partie s'explique facilement par le fait que l'accusé l'a provoqué et il existe donc une renonciation pour ce qui est de ces périodes. Il reste la conclusion du juge Osborne qu'un délai de dix-neuf mois n'est pas imputable au requérant. On peut justifier ce délai, par exemple, s'il a été accepté par le requérant, s'il est dû à des limitations institutionnelles ou à une certaine difficulté particulière excusable et inhérente à la nature de l'espèce. Toutefois la position de la poursuite pour ce qui est de ces dix-neuf mois consiste, au mieux, à excuser neuf mois et à reconnaître que les autres dix mois de délai sont imputables à l'inaction involontaire mais néanmoins négligente de sa part. Avec égards pour l'opinion contraire, je suis d'avis que dix mois pour juger quelqu'un est une longue période dans les cas ordinaires et, si on la conteste en se fondant sur la *Charte*, il faudra la justifier et l'expliquer; dans la plupart des cas on pourra probablement le faire. Ces dix mois, même placés avec d'autres périodes expliquées et justifiées, doivent néanmoins être expliqués. L'admission par la poursuite en ce qui concerne ces dix mois d'inaction imputables à rien d'autre que la négligence rend le délai total pour juger Mills déraisonnable.

Je n'oublie pas le fait que la conduite de Mills en l'espèce a causé une bonne partie du délai. Mais ceci n'excuse pas ces dix mois d'inaction, même si en d'autres circonstances, il aurait pu en être autrement.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la suspension des procédures devant le juge Baker.

Version française des motifs des juges Beetz, McIntyre et Chouinard rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi requiert l'examen de l'expression un «tribunal com-

tion" in s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and as well of the procedure to be employed in seeking a remedy under that section.

My brother Lamer in his reasons for judgment has set out the facts regarding the history of the proceedings and events before the preliminary hearing commenced and I need not repeat them here. I will, however, briefly review the proceedings which took place in the various courts leading up to the appeal to this Court. At the commencement of the preliminary hearing before Judge Baker in the Provincial Court (Criminal Division) for the Country of Middlesex, and before any evidence was heard, a preliminary motion was made by the accused, the appellant before us, on two bases, namely, that the proceedings by reason of delay amounted to an abuse of process and should on that account be stayed, and that the appellant's right under s. 11(b) of the *Charter*, to be tried within a reasonable time, had been violated and the proceedings were amenable to a remedy under s. 24(1). Judge Baker received evidence by affidavit and held, that he had no jurisdiction to deal with the common law concept of abuse of process but that he, sitting as a judge conducting a preliminary hearing, was a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. He concluded that s. 24(1) raised a substantive matter and was not, therefore, retrospective. He dismissed the motion: (1982), 2 C.R.R. 300.

A motion was then made in the motions court in London before Osborne J. The motion sought an order in the nature of prohibition to prohibit Judge Baker, or any other provincial court judge, from proceeding with the preliminary hearing and it sought as well an order in the nature of *certiorari* quashing the information, together with a remedy under s. 24(1) of the *Charter* alleging an infringement of the accused's rights under s. 11(b) of the *Charter*.

Osborne J. expressed the view that Judge Baker, as a preliminary hearing judge, was a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter*. He nevertheless concluded on a consider-

«pétent» qui figure au par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et celle de la procédure à suivre pour obtenir une réparation en vertu de cette disposition.

^a Puisque mon collègue le juge Lamer, dans ses motifs de jugement, fait l'historique des procédures et des événements antérieurs à l'enquête préliminaire, point n'est besoin de le refaire ici. Je me propose cependant de passer brièvement en revue les procédures qui ont eu lieu devant les différentes juridictions jusqu'à ce pourvoi. Au début de l'enquête préliminaire devant le juge Baker de la Cour provinciale du comté de Middlesex (Division criminelle) et avant qu'aucune preuve n'ait été entendue, l'accusé, l'appelant en cette Cour, a présenté une requête préliminaire comportant deux allégations: selon la première, en raison du délai, les procédures étaient abusives et devaient en conséquence être suspendues, et, selon la seconde, il y avait eu atteinte au droit conféré à l'appelant par l'al. 11b) de la *Charte* d'être jugé dans un délai raisonnable, ce qui donnait ouverture à une réparation en vertu du par. 24(1). Sur la foi des affidavits produits devant lui, le juge Baker a conclu qu'il n'avait pas compétence pour examiner le concept des procédures abusives en *common law*, mais que, en tant que juge à l'enquête préliminaire, il était un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Concluant que le par. 24(1) soulevait une question de fond et n'avait donc pas d'effet rétroactif, le juge Baker a rejeté la requête: (1982), 2 C.R.R. 300.

^g On a ensuite présenté au juge Osborne de la cour des requêtes de London une requête visant à obtenir une ordonnance de la nature d'une prohibition qui aurait empêché le juge Baker ou tout autre juge de la cour provinciale de continuer l'enquête préliminaire. La requête sollicitait également, en plus d'une ordonnance de la nature d'un *certiorari* qui aurait annulé la dénonciation, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* au motif qu'on aurait porté atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'al. 11b) de la *Charte*.

^j Selon le juge Osborne, le juge Baker, en sa qualité de juge à l'enquête préliminaire, constituait un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Un examen au fond l'a néanmoins mené

ation of the merits that there had been no unreasonable delay. He dismissed the motion: (1983), 3 C.R.R. 63, 2 C.C.C. (3d) 444, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112.

An appeal was taken to the Ontario Court of Appeal under s. 719 of the *Criminal Code*. The appeal under that section could apply only to the prerogative portion of the case, that is, the refusal of the application for an order of prohibition and *certiorari*. The Court of Appeal declined to express an opinion as to whether Judge Baker, as a preliminary hearing judge, was a court of competent jurisdiction, but they were not persuaded that Osborne J. was in error on the merits and they dismissed the appeal: (1983), 6 C.R.R. 88, 7 C.C.C. (3d) 573, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631.

In the result, as these proceedings stand prior to the resolution of this appeal, the matter is to be returned to the provincial court for the completion of the preliminary. Since I have come to the conclusion that both Judge Baker and Osborne J. reached the right result (though as will appear in my view for the wrong reasons) a simple dismissal of the appeal with nothing further would dispose of the matter. The question of a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter* is, however, one of importance and one which has given concern to courts at all levels in the country. While it is generally wise not to deal with issues not directly raised, it appears to me that the question must be considered in this appeal and dealt with.

To begin with, it must be recognized that the jurisdiction of the various courts of Canada is fixed by the Legislatures of the various provinces and by the Parliament of Canada. It is not for the judge to assign jurisdiction in respect of any matters to one court or another. This is wholly beyond the judicial reach. In fact, the jurisdictional boundaries created by Parliament and the Legislatures are for the very purpose of restraining the courts by confining their actions to their allotted spheres. In s. 24(1) of the *Charter* the right has been given, upon the alleged infringement or

à la conclusion qu'il n'y avait pas eu de délai déraisonnable et il a rejeté la requête: (1983), 3 C.R.R. 63, 2 C.C.C. (3d) 444, 144 D.L.R. (3d) 422, 40 O.R. (2d) 112.

^a Un appel a été interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario en vertu de l'art. 719 du *Code criminel*. Or, l'appel fondé sur cette disposition ne pouvait attaquer que le refus d'accorder des brefs de prérogative, c'est-à-dire le refus d'accorder la prohibition et le *certiorari* demandés. La Cour d'appel s'est abstenue d'exprimer une opinion sur la question de savoir si le juge Baker, en tant que juge à l'enquête préliminaire, était un tribunal compétent, mais elle n'a pas été convaincue que le juge Osborne avait commis une erreur sur le fond. L'appel a donc été rejeté: (1983), 6 C.R.R. 88, 7 C.C.C. (3d) 573, 2 D.L.R. (4th) 576, 43 O.R. (2d) 631.

^d Par conséquent, sous réserve de ce qui pourra être décidé en cette Cour, l'affaire doit être renvoyée à la cour provinciale pour que l'enquête préliminaire puisse être menée à terme. Étant donné ma conclusion que le juge Baker et le juge Osborne ont rendu la bonne décision (quoique, à mon avis, comme on va pouvoir le constater, pour les mauvaises raisons), il suffirait simplement en l'espèce de rejeter le pourvoi sans en dire davantage. Toutefois, la question de savoir ce qui constitue un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte* est importante et a préoccupé tous les degrés de juridiction du pays. Quoiqu'il soit en règle générale sage de ne pas traiter de points qui ne sont pas directement en litige, il me semble qu'en l'espèce il faut examiner et trancher la question.

^h En premier lieu, on doit reconnaître que la compétence des différentes juridictions canadiennes est fixée par les législatures des provinces et par le Parlement du Canada. Il n'appartient nullement aux juges d'attribuer à tel ou tel tribunal compétence relativement à certaines questions. Cette fonction se trouve complètement en dehors du ressort des tribunaux. De fait le Parlement et les législatures ont délimité la compétence des tribunaux pour précisément les tenir en bride en limitant leurs actions aux domaines qui sont les leurs. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère le

denial of a *Charter* right, to apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances. The *Charter* has made no attempt to fix or limit the jurisdiction to hear such applications. It merely gives a right to apply in a court which has jurisdiction. It will be seen as well that it prescribes no remedy but leaves it to the court to find what is appropriate and just in the circumstances.

The questions then arise as to which of the courts are courts of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1) of the *Charter* and what is the nature of the remedy or remedies which may be given. In attacking these problems, that of jurisdiction and that of remedy, the courts are embarking on a novel exercise. There is little, if any, assistance to be found in decided cases. The task of the court will simply be to fit the application into the existing jurisdictional scheme of the courts in an effort to provide a direct remedy, as contemplated in s. 24(1). It is important, in my view, that this be borne in mind. The absence of jurisdictional provisions and directions in the *Charter* confirms the view that the *Charter* was not intended to turn the Canadian legal system upside down. What is required rather is that it be fitted into the existing scheme of Canadian legal procedure. There is no need for special procedures and rules to give it full and adequate effect.

A great many *Charter* questions will arise in criminal cases such as the one before us. My comments will be confined to such cases. The *Criminal Code* sets up the framework for the disposition of criminal matters with respect to both indictable and summary conviction offences. A summary conviction court, as defined in s. 720 of the *Code*, presided over by a justice or magistrate as defined in s. 2 of the *Code*, is provided for the disposition of summary conviction matters at first instance. For indictable offences, the *Code* creates both a superior court of criminal jurisdiction (s. 2) which has jurisdiction to try any indictable offence (s. 426) and a court of criminal jurisdiction, as

droit, en cas de violation ou de négation alléguée d'un droit garanti par la *Charte*, de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que ce tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. La *Charte* ne fait aucune tentative de fixer ou de circonscrire la compétence pour entendre de telles demandes. Elle ne fait qu'accorder un droit de s'adresser à un tribunal compétent. Nous verrons en outre qu'elle ne prescrit pas la réparation, mais laisse au tribunal le soin de déterminer ce qui est convenable et juste eu égard aux circonstances.

Il faut donc se demander quels sont les tribunaux compétents au sens du par. 24(1) de la *Charte* et quelle est la nature de la réparation ou des réparations qui pourront être accordées. En abordant le problème de la compétence et celui de la réparation appropriée, les tribunaux font œuvre de pionniers. La jurisprudence ne leur est que de peu pour ne pas dire d'aucun secours. Leur tâche consistera simplement à insérer la demande dans le régime existant de compétence des tribunaux afin d'essayer de fournir une réparation directe conformément au par. 24(1). Il s'agit là, selon moi, d'un point qu'il ne faut pas perdre de vue. L'absence dans la *Charte* de dispositions et de directives touchant la compétence confirme le point de vue selon lequel celle-ci n'était pas censée provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien. Au contraire, elle doit s'insérer dans le système actuel de la procédure judiciaire canadienne. Point n'est besoin de procédures et de règles particulières pour lui donner son plein et entier effet.

Un grand nombre de questions relatives à la *Charte* se poseront dans des affaires criminelles comme celle dont nous sommes présentement saisis. Mes observations se limitent aux affaires de ce genre. Le *Code criminel* prévoit les modalités de règlement des affaires criminelles, qu'il s'agisse d'actes criminels ou d'infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité. Une cour des poursuites sommaires, terme défini à l'art. 720 du *Code*, présidée par un juge de paix ou un magistrat au sens de la définition figurant à l'art. 2 du *Code*, a été constituée pour connaître en première instance des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité. Pour les actes criminels,

defined in s. 2 of the *Code*, which has a lesser jurisdiction in the trial of indictable offences and which includes a magistrate or judge acting under Part XVI of the *Code*. These courts, together with the summary conviction courts, deal with all criminal proceedings under the *Criminal Code* at first instance. In addition, where an accused charged with an indictable offence elects trial other than before a magistrate, a preliminary hearing is held in accordance with Part XV of the *Code*. This occurred in the case at bar. Faced with this choice of courts, where does the aggrieved person seek a s. 24(1) remedy?

Magistrate Sitting at Preliminary Hearing

The preliminary hearing magistrate, now ordinarily a provincial court judge, finds his jurisdiction in Part XV of the *Criminal Code* of Canada. He is given jurisdiction to conduct the inquiry and in the process he must hear the evidence called for both parties and all cross-examination. He is given procedural powers under ss. 465 and 468 of the *Code*, including a power to direct the trial of an issue as to the fitness to stand trial. His principal powers are conferred in s. 475. After all the evidence has been taken, he may commit the accused for trial if, in his opinion, the evidence is sufficient, or discharge the accused if, in his opinion, upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial. He has no jurisdiction to acquit or convict, nor to impose a penalty, nor to give a remedy. He is given no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied. He is, therefore, not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. It is said that he should be a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). In my view, no jurisdiction is given to enable him to perform this function. He can give, as I have said, no remedy. Exclusion of evidence under s. 24(2) is a remedy, its application being limited to proceedings under

le *Code* crée une cour supérieure de juridiction criminelle (art. 2) ayant compétence pour juger tout acte criminel (art. 426) ainsi qu'une cour de juridiction criminelle, définie à l'art. 2 du *Code*, qui est investie d'une compétence moindre à l'égard des actes criminels et qui comprend un magistrat ou un juge agissant sous l'autorité de la Partie XVI du *Code*. Ces tribunaux, ainsi que les cours des poursuites sommaires, traitent en première instance de toutes les procédures criminelles intentées en vertu du *Code criminel*. De plus, lorsqu'une personne accusée d'un acte criminel choisit d'être jugée autrement que par un magistrat, une enquête préliminaire a lieu conformément à la Partie XV du *Code*. C'est ce qui est arrivé en l'espèce. Devant un tel choix de tribunaux, à quel tribunal la personne lésée peut-elle s'adresser pour obtenir une réparation en vertu du par. 24(1)?

d Le magistrat à l'enquête préliminaire

La compétence du magistrat à l'enquête préliminaire (généralement de nos jours un juge de la cour provinciale) découle de la Partie XV du *Code criminel* du Canada. Il a compétence pour mener l'enquête et, ce faisant, il est tenu d'entendre la preuve produite par les deux parties ainsi que tous les contre-interrogatoires. Ses pouvoirs en matière de procédure, conférés par les art. 465 et 468 du *Code*, comprennent le pouvoir d'ordonner que soit tranchée la question de savoir si l'accusé est en état de subir son procès. L'article 475 lui attribue ses principaux pouvoirs. Lorsque toute la preuve a été recueillie, il peut renvoyer l'accusé pour subir son procès s'il estime que cette preuve est suffisante ou encore libérer l'accusé s'il juge la preuve insuffisante pour justifier le renvoi à procès. Il n'a pas compétence pour prononcer l'acquittement ou pour déclarer coupable, ni pour imposer une peine, ni encore pour accorder une réparation. Il n'a pas non plus la compétence qui l'autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. Il s'ensuit donc qu'il n'est pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Or, on soutient qu'il devrait l'être pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Selon moi, on ne lui a pas attribué la compétence pour exercer cette fonction. Il n'est pas habilité, je le

s. 24(1). In my view, the preliminary hearing magistrate is not therefore a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*, and it is not for courts to assign jurisdiction to him. I might add at this stage that it would be a strange result indeed if the preliminary hearing magistrate could be said to have the jurisdiction to give a remedy, such as a stay under s. 24(1), and thus bring the proceedings to a halt before they have started and this in a process from which there is no appeal.

Courts Exercising Criminal Jurisdiction Other than the Provincial Superior Court

These courts, which include by definition a magistrate under Part XVI of the *Criminal Code* and, for purposes of this discussion, magistrates and summary conviction courts, will deal with by far the greatest number of criminal cases. For practical purposes most of the criminal work at first instance is done in these courts, therefore most of the applications for a remedy under s. 24(1) of the *Charter* will be made to them. These courts will be courts of competent jurisdiction, where they have jurisdiction conferred by statute over the offences and persons and power to make the orders sought. It is to be hoped that trial judges will devise, as the circumstances arise, imaginative remedies to serve the needs of individual cases. Such remedies must remain, however, subject to constitutional restraint, that is, they must remain within the ambit of criminal powers. A claim for a remedy under s. 24(1) arising in the course of the trial will fall within the jurisdiction of these courts as a necessary incident of the trial process. There will be an exception where a claim for prerogative relief in the nature of prohibition, *certiorari*, *mandamus* or other prerogative matter is raised. Such a claim would fall within the sole jurisdiction of the superior court. Where such relief is sought, or where a claim for relief, if granted, would involve interference in proceedings before another court, there would be

répète, à accorder de réparation. L'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) est une réparation qui ne peut être obtenue que dans le cadre d'une instance visée au par. 24(1). À mon sens, le magistrat à l'enquête préliminaire n'est donc pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* et il n'appartient à aucun tribunal de lui confier la compétence. Il convient d'ajouter ici que le résultat serait bien étrange si l'on pouvait dire que le magistrat à l'enquête préliminaire avait compétence pour accorder une réparation, telle une suspension des procédures en vertu du par. 24(1), arrêtant ainsi les procédures avant même qu'elles ne commencent, et ce par une décision non susceptible d'appel.

Les tribunaux autres que la cour supérieure provinciale ayant compétence en matière criminelle

Ce sont ces tribunaux, qui englobent par définition un magistrat visé par la Partie XVI du *Code criminel* et, aux fins de la présente analyse, les magistrats et les cours de poursuites sommaires, qui seront saisis du plus grand nombre d'affaires criminelles. Du point de vue pratique, la plupart des affaires criminelles seront entendues en première instance par ces tribunaux-là. Par conséquent, la majorité des demandes de réparation fondées sur le par. 24(1) de la *Charte* leur seront adressées. Ces tribunaux constitueront des tribunaux compétents chaque fois que la loi leur confère compétence à l'égard des infractions et des personnes en question et les autorise à rendre les ordonnances demandées. Il est à espérer que les juges du procès sauront, le cas échéant, faire preuve d'imagination en inventant des réparations adaptées aux besoins de chaque cas. Toutefois, ces réparations n'en demeurent pas moins assujetties aux restrictions imposées par la Constitution, c'est-à-dire qu'elles doivent relever du pouvoir en matière criminelle. Une demande de réparation en vertu du par. 24(1) présentée au cours du procès sera du ressort de ces tribunaux en tant qu'accèssoire nécessaire du procès. Il y a cependant une exception lorsqu'on a recours aux brefs de prérogative de la nature d'une prohibition, d'un *certiorari*, d'un *mandamus*, ou autre moyen de prérogative. Toute demande de ce genre relève de la compé-

no jurisdiction in the non-superior court of criminal jurisdiction.

Provincial Superior Court

In each province and in the Territories the superior court has been created by statute. This court has generally been given all the historic jurisdiction and power of the High Court in England and in all matters arising between the Crown and subject and subject and subject. The jurisdiction of the superior court is derived from the creating statutes and the common law and from its nature as a superior court, a court in which jurisdiction is generally presumed. This court will always be a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* at first instance, that is to say, in cases where the issue arises in matters proceeding before it or where the proceeding originated in that court because of the absence of another forum with jurisdiction. The superior court will, of course, continue to have jurisdiction as a reviewing court where prerogative claims are advanced. The superior court jurisdiction will not displace that of other courts of limited jurisdiction. Considerations of convenience, economy and time will dictate that remedies under s. 24(1) will ordinarily be sought in the courts where the issues arise. Save for cases originating and proceeding in the superior court, resort to it will be necessary only where prerogative relief is sought.

Procedure

Problems have arisen in connection with the procedure to be followed relating to *Charter* remedies and some confusion has existed in various courts. As has been said on many occasions, the *Charter* was not enacted in a vacuum. It was created to form a part—a very important part—of the Canadian legal system and, accordingly, must fit into that system. It will be noted at once that s. 24(1) gives no jurisdictional or procedural guide.

tence exclusive de la cour supérieure. Quand une telle réparation est sollicitée ou qu'une demande de redressement, si on y faisait droit, entraînerait une intervention dans des procédures devant un autre tribunal, seule la cour supérieure de juridiction criminelle a compétence.

Cour supérieure provinciale

Chaque province et les territoires sont de par la loi dotés d'une cour supérieure. D'une manière générale cette cour a hérité de la compétence et du pouvoir historiques de la Haute Cour d'Angleterre relativement à tous les litiges entre Sa Majesté et ses sujets ainsi qu'entre sujets. La compétence de la cour supérieure dérive des textes législatifs qui l'ont créée, de la *common law* et de sa qualité de cour supérieure, tribunal dont la compétence est généralement présumée. Il s'agit d'une cour qui sera toujours un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* en première instance, c'est-à-dire dans des affaires où la question litigieuse est soulevée dans le cadre d'une instance engagée devant elle parce qu'il n'y avait pas d'autre tribunal compétent. Bien entendu, la cour supérieure continuera d'avoir compétence en matière de recours de prérogative. La compétence de la cour supérieure ne viendra pas supplanter la compétence limitée d'autres tribunaux. Des considérations de commodité, d'économie et de temps feront que les réparations demandées en vertu du par. 24(1) le seront normalement aux tribunaux devant lesquels les questions ont pris naissance. Mis à part les instances introduites devant la cour supérieure et instruites par elle, il ne sera nécessaire de s'adresser à elle que pour obtenir un bref de prérogative.

Procédure

Des problèmes se sont posés quant à la procédure à suivre en ce qui concerne les réparations offertes par la *Charte* et une certaine confusion existe devant différentes juridictions. Comme il a été souligné à maintes reprises, la *Charte* n'a pas été adoptée dans le vide. Elle a été créée pour former une partie, une partie très importante, du système juridique canadien et, en conséquence, elle doit s'insérer dans ce système. On peut constater

This absence makes it clear that the procedures presently followed must be adapted and used for the accommodation of applications for relief under s. 24(1).

Pre-Trial Motions

There will be occasions when it will be advisable to move for relief under s. 24(1) of the *Charter* before trial. In my view, however, it is by no means necessary to erect a new procedural scheme for this purpose. The pre-trial motion and its near relative, the preliminary motion or preliminary objection, are well known in the law and may be employed in seeking s. 24(1) relief once an indictment has been preferred. Pre-trial motions may be made to quash the indictment for defect in substance or in form (s. 510 of the *Code*), to sever counts in an indictment (s. 520(3) of the *Code*), for particulars of the indictment (s. 516 of the *Code*), and to sever trials of co-accused (s. 520(3) of the *Code*). The general practice of the courts has been to encourage such applications to be brought early so that preliminary matters may be disposed of at the outset, particularly when they are of such nature that they may affect the validity of the proceedings. This principle has been given statutory recognition in s. 529 of the *Code*, which provides in subs. (1) that an objection to a count of an indictment for a defect apparent on its face shall be taken by a motion to quash before plea and thereafter only by leave of the court. A similar provision relating to summary conviction matters was found in s. 732 of the *Code*. This subject is conveniently dealt with in *Canadian Criminal Procedure* (4th ed. 1984) by Salhany, at pp. 209-10. In my view, no great difficulty will be encountered in including in the legal armory a pre-trial motion for s. 24(1) *Charter* relief, subject to the existing practice for other motions. It may be that occasions will arise where a trial judge may find it necessary in dealing with a s. 24(1) application to receive *viva voce* evidence on the question raised to enable him to dispose of the application. In my view, it would be within the discretionary power of a trial judge to follow this practice where, in his view, it was necessary. For the purpose of a

immédiatement que le par. 24(1) ne contient pas d'indications relatives à la compétence ou à la procédure. Il découle nettement de cette omission que les procédures présentement suivies doivent être adaptées et appliquées aux demandes de réparation fondées sur le par. 24(1).

Requêtes préalables au procès

Dans certains cas, il sera souhaitable de présenter une demande de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* avant le procès. Selon moi, toutefois, il n'est pas du tout nécessaire de créer à cette fin un nouveau régime de procédure. La requête préalable ainsi que la procédure voisine, la requête préliminaire ou le moyen préliminaire, sont bien connues en droit et on peut y avoir recours pour demander une réparation en vertu du par. 24(1) dès qu'un acte d'accusation a été présenté. Des requêtes préalables peuvent tendre à obtenir l'annulation de l'acte d'accusation pour un vice de fond ou de forme (art. 510 du *Code*), à obtenir un procès distinct pour chaque chef mentionné dans un acte d'accusation (par. 520(3) du *Code*), à obtenir des détails relatifs à l'acte d'accusation (art. 516 du *Code*) et à obtenir des procès distincts pour chaque coaccusé (par. 520(3) du *Code*). En règle générale, les tribunaux encouragent les parties à présenter rapidement ces demandes afin que les questions préliminaires puissent être réglées dès le début, surtout lorsque celles-ci sont de nature à pouvoir vicier les procédures. Ce principe est reconnu par la loi à l'art. 529 du *Code*, qui, à son par. (1), porte qu'une objection à un des chefs d'un acte d'accusation, pour un vice de forme apparent à sa face même, doit être présentée par requête en annulation, avant le plaidoyer, et, par la suite, seulement sur permission de la cour. Une disposition analogue relative aux affaires sommaires figurait à l'art. 732 du *Code*. On trouve une étude utile de ce sujet dans *Canadian Criminal Procedure* (4th ed. 1984), par Salhany, aux pp. 209 et 210. À mon avis, il n'y aura pas de difficulté majeure à inclure dans l'arsenal juridique une requête préalable visant à obtenir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, requête qui serait assujettie à l'usage présentement applicable aux autres requêtes. Il se peut qu'un juge du procès, saisi d'une demande fondée sur le par.

pre-trial motion for s. 24(1) relief, the claimant may institute his motion at any time before plea and at any time after he has received or become entitled to receive the indictment or information. Where a court has not been ascertained for trial by committal, election, summons, preferment or arraignment, the application could be made to the superior court for prerogative relief.

Appeals

Criminal appeals by a person convicted of an indictable offence are provided for in the *Criminal Code* in s. 603 to the Court of Appeal, in ss. 618 and 620 to the Supreme Court of Canada, and in s. 719 in respect of the prerogative matters involving mandamus, *certiorari* or prohibition. It has long been settled law that there is no right of appeal in criminal matters, save as provided by statute, and the *Code* in s. 602 reinforces this proposition by providing that "No proceedings other than these authorized by this Part [Part XVIII—Appeals, Indictable Offences] and Part XXIII [Extraordinary Remedies—*certiorari*, *habeas corpus*, mandamus and prohibition] shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences."

Again, it must be observed that the *Charter* is silent on the question of appeals and the conclusion must therefore be that the existing appeal structure must be employed in the resolution of s. 24(1) claims. Since the *Charter* has conferred a right to seek a remedy under the provisions of s. 24(1) and since claims for remedy will involve claims alleging the infringement of basic rights and fundamental freedoms, it is essential that an appellate procedure exist. There is no provision in the *Code* which provides a specific right to appeal against the

24(1), puisse parfois trouver nécessaire de recevoir des témoignages de vive voix sur la question soulevée afin d'être en mesure de statuer sur la demande. À mon avis, le juge du procès jouit du pouvoir discrétionnaire d'agir ainsi chaque fois qu'il l'estime nécessaire. L'appelant peut présenter sa requête préalable visant à obtenir une réparation en vertu du par. 24(1) à n'importe quel moment avant le plaidoyer et après qu'il a reçu ou qu'il est en droit de recevoir l'acte d'accusation ou la dénonciation. Lorsque le tribunal où le procès aura lieu n'a pas été établi par le renvoi à procès, par l'exercice d'un choix, par sommation, par la présentation d'un acte approprié ou par interpellation, la demande de bref de prérogative pourrait être adressée à la cour supérieure.

Appels

Le *Code criminel* prévoit qu'une personne déclarée coupable d'un acte criminel peut interjeter appel. En effet, à l'art. 603 il s'agit d'appels à la Cour d'appel; les art. 618 et 620 autorisent les pourvois à la Cour suprême du Canada et l'art. 719 porte sur des appels en matière de *mandamus*, de *certiorari* ou de prohibition. Il est depuis longtemps bien établi en droit qu'il n'y a aucun droit d'appel en matière pénale, sauf dans la mesure où un texte législatif le prévoit; l'art. 602 du *Code* vient renforcer cette proposition en prévoyant que «Nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente Partie [Partie XVIII—Appels, Actes criminels] et la Partie XXIII [Recours extraordinaires — *certiorari*, *habeas corpus*, *mandamus* et prohibition] ne doit être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels.»

Il faut encore souligner que la *Charte* est muette sur la question des appels et on doit donc conclure que c'est le système actuel des appels qui doit servir au règlement de demandes fondées sur le par. 24(1). Puisque la *Charte* confère un droit de demander une réparation en vertu du par. 24(1) et que de telles demandes comporteront des allégations de violation de libertés et de droits fondamentaux, l'existence d'une procédure d'appel est indispensable. Aucune disposition du *Code* ne prévoit expressément un droit d'en appeler d'une déci-

granting, or the refusal, of a *Charter* remedy under s. 24(1), but appeals are provided for which involve questions of law and fact. The *Charter*, forming part of the fundamental law of Canada, is therefore covered and the refusal of a claim for *Charter* relief will be appealable by a person aggrieved as a question of law, as will be the granting of such relief by the Crown. The appeal will follow the normal, established procedure. When the trial is completed the appeal may be taken against the decision or verdict reached and the alleged error in respect of the claim for *Charter* relief will be a ground of appeal.

The question has been raised as to whether there can be something in the nature of an interlocutory appeal in which a claimant for relief under s. 24(1) of the *Charter* may appeal immediately upon a refusal of his claim and before the trial is completed. It has long been a settled principle that all criminal appeals are statutory and that there should be no interlocutory appeals in criminal matters. This principle has been reinforced in our *Criminal Code* (s. 602, *supra*) prohibiting procedures on appeal beyond those authorized in the *Code*. It will be observed that interlocutory appeals are not authorized in the *Code*. The question was the subject of the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262. Brooke J.A. wrote the judgment of the court (Brooke, Lacourcière and Tarnopolsky J.J.A.) and concluded that interlocutory appeals in respect of refusals of *Charter* remedies under s. 24(1) were not open. In that case the accused, who were charged with conspiracy to procure an illegal abortion, before trial brought a motion to quash or stay the indictment, in the form of a claim that the proceedings were an abuse of process, alleging that s. 251 of the *Code* was contrary to the *Charter* and the *Canadian Bill of Rights* and other non-*Charter* relief. The motion was refused by the trial judge and the accused appealed before the trial was completed. The Court of Appeal quashed the appeal. Brooke J.A. reviewed the authorities on the question and concluded that neither s. 24(1) of the *Charter* nor s.

sion accordant ou refusant une réparation visée par le par. 24(1) de la *Charte*, mais des appels sur des questions de droit et de fait sont toutefois autorisés. La *Charte* en tant que composante du droit fondamental du Canada n'y échappe donc pas et, de même qu'une personne lésée pourra porter en appel le rejet d'une demande de réparation en vertu de la *Charte* en tant que question de droit, de même Sa Majesté pourra interjeter appel si cette réparation est accordée. L'appel se déroulera selon la procédure normale établie à cette fin. À l'issue du procès, il sera loisible de faire appel de la décision ou du verdict et l'erreur qui aurait été commise relativement à la demande de réparation en vertu de la *Charte* constituera un moyen d'appel.

On a posé la question de savoir s'il peut y avoir quelque chose de la nature d'un appel interlocutoire grâce auquel le requérant en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait, en cas de rejet de sa demande, en appeler immédiatement et avant la fin du procès. Selon un principe bien établi, les seuls appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi et il ne devrait pas y avoir d'appels interlocutoires dans les affaires criminelles. Ce principe se trouve renforcé par notre *Code criminel* (art. 602, précité) qui interdit les procédures d'appel qui ne sont pas autorisées par le *Code*. Soulignons que celui-ci ne prévoit pas d'appels interlocutoires. Or, cette question a été jugée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262. Le juge Brooke, qui a rédigé les motifs de la cour (les juges Brooke, Lacourcière et Tarnopolsky), a conclu qu'il n'y avait aucune possibilité d'appels interlocutoires des refus d'accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Dans cette affaire, les accusés, qui étaient inculpés de complot en vue de procurer un avortement illégal, ont présenté préalablement au procès une requête en annulation ou suspension de l'acte d'accusation en raison du caractère censément abusif des procédures et parce que l'art. 251 du *Code* allait à l'encontre de la *Charte* et de la *Déclaration canadienne des droits*. La requête tendait en outre à l'obtention d'autres redressements non fondés sur la *Charte*. Déboutés de leur requête par le juge du procès, les accusés ont interjeté appel avant la fin

52(1) of the *Constitution Act, 1982* conferred any right of appeal nor any jurisdiction in the Court of Appeal to hear one. He was clearly of the view that the pursuit of *Charter* remedies must be in accordance with existing practice in Canadian courts. His view on this point is conveniently summarized, at p. 271, where he said:

The meaning to be ascribed to the phrase "court of competent jurisdiction" in s. 24(1) of the Charter has been the subject of consideration in a number of cases. The weight of authority is that s. 24(1) does not create courts of competent jurisdiction, but merely vests additional powers in courts which are already found to be competent independently of the Charter. We agree with Mr. Doherty that a court is competent if it has jurisdiction, conferred by statute, over the person and the subject matter in question and, in addition, has authority to make the order sought. The court presided over by Parker A.C.J.H.C. was the court of competent jurisdiction to which the accused could apply under s. 24(1). It has declared that the rights and freedoms guaranteed to the accused by the Charter have not been infringed or denied by charging them under the section of the Criminal Code upon which the count in the indictment was founded. Section 24(1) does not purport to create a right of appeal or bestow appellate powers on this or any other court. Rather it authorizes those courts which have statutory appellate jurisdiction independent of the Charter to exercise the remedial power in s. 24(1) in appropriate cases when disposing of appeals properly brought before the court.

In my view, Brooke J.A. in this passage has correctly stated the law on this question.

He also dealt with an argument raised by counsel, to the effect that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* could provide a basis on which could be based a right of appeal and jurisdiction for the court to hear an appeal from an interlocutory motion where a constitutional issue was raised in a criminal case. This argument found support in the

du procès. Cet appel a été rejeté par la Cour d'appel. Le juge Brooke, après avoir passé en revue la jurisprudence et la doctrine pertinentes, a conclu que ni le par. 24(1) de la *Charte* ni le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne conféraient de droit d'appel, pas plus qu'ils n'habilitaient la Cour d'appel à entendre un appel. De toute évidence, le juge Brooke a estimé que les demandes de réparations prévues par la *Charte* doivent se conformer à l'usage existant des tribunaux canadiens. Son point de vue à cet égard est commodément résumé à la p. 271 de ses motifs en ces termes:

[TRADUCTION] La question du sens à prêter à l'expression «tribunal compétent» au par. 24(1) de la *Charte* a été étudiée dans plusieurs décisions. La jurisprudence penche nettement vers l'opinion selon laquelle le par. 24(1) ne crée pas de tribunaux compétents, mais simplement pour effet d'investir de pouvoirs supplémentaires les tribunaux qui ont déjà compétence indépendamment de la *Charte*. Nous sommes d'accord avec M^e Doherty qu'un tribunal est compétent s'il possède une compétence *ratione personae* et *ratione materiae*, conférée par la loi, et s'il détient en outre le pouvoir de rendre l'ordonnance sollicitée. La cour présidée par le juge en chef adjoint Parker était un tribunal compétent auquel les accusés pouvaient s'adresser conformément au par. 24(1). Ce tribunal a déclaré que le fait d'avoir été inculpés en vertu de l'article du Code criminel sur lequel était fondé le chef d'accusation énoncé dans l'acte d'accusation ne constituait pas une violation ou une négation des droits et libertés garantis aux accusés par la *Charte*. Le paragraphe 24(1) ne crée aucun droit d'appel ni n'attribue à cette cour ni à aucun autre tribunal des pouvoirs en matière d'appel. Au contraire, il autorise les tribunaux dotés d'une compétence d'appel découlant de la loi indépendamment de la *Charte*, à exercer, le cas échéant, le pouvoir réparateur du par. 24(1) dans les cas appropriés en tranchant les appels dont ils se trouvent légitimement saisis.

Selon moi, le juge Brooke énonce correctement dans ce passage le principe de droit applicable.

Le juge Brooke a en outre examiné l'argument de l'avocat voulant que le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pouvait fonder un droit d'appel et en même temps habiliter la cour à entendre un appel d'une requête interlocutoire lorsqu'une question constitutionnelle est soulevée dans une affaire criminelle. À l'appui de cet argu-

Manitoba case of *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523 (C.A.) In that case persons charged before the trial court sought an order declaring two sections of the *Criminal Code* to be invalid as infringing their *Charter* rights. The motion was dismissed and the trial ordered to proceed. The accused persons appealed to the Manitoba Court of Appeal (Hall, Matas, Philp J.J.A.) The Court of Appeal would not accept that the court had no jurisdiction, but it decided that it would be inappropriate to hear the appeal. Matas J.A. said, at pp. 530-31:

Accordingly, for the reasons set out above, I would not accept the Crown's submission that this court does not have jurisdiction to hear the appeal but would grant the Crown's motion to quash the appeal on the ground that it would not be appropriate to allow the appeal to go forward.

Brooke J.A. declined to agree with counsel that Matas J.A. must be taken to have concluded that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides a right of appeal whenever a constitutional issue arises in a criminal case. He said (at pp. 273-74):

It may be that the court was concerned that it should not foreclose the Constitution Act as a possible basis for jurisdiction if there were circumstances were [*sic*] there was no lower court which was a court of competent jurisdiction to which to apply for a remedy if rights and freedoms guaranteed by the Charter were refused or denied. That is not this case. There is a right of appeal to the Court of Appeal and jurisdiction in this court to hear an appeal by these accused in the event that they are convicted and, of course, the constitutional issue may well form a ground of such appeal if the accused are so advised. Moreover, there are strong policy reasons against interrupting the trial process with appeals to the Court of Appeal. The Court of Appeal for Manitoba recognized this in *Bird*, supra. The policy reasons are well known and need not be repeated here. For example, see the judgment of MacDonald J.A. in *R. v. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269, 128 A.P.R. 269 (C.A.).

In the result, then, we agree with the submissions of Crown counsel that neither s. 24(1) of the Charter nor s. 52(1) of the Constitution Act of themselves give any

ment on a invoqué l'arrêt manitobain *Re Bird and Peebles and The Queen* (1984), 12 C.C.C. (3d) 523 (C.A.) Dans cette affaire, des personnes inculpées devant la juridiction de première instance ont demandé une ordonnance qui aurait déclaré invalides deux articles du *Code criminel* parce qu'ils portaient atteinte à leurs droits garantis par la *Charte*. La requête a été rejetée et on a ordonné la continuation du procès. Les accusés en ont appelé à la Cour d'appel du Manitoba (les juges Hall, Matas, Philp). Bien qu'elle eût refusé de conclure qu'elle n'avait pas compétence, la Cour d'appel a décidé qu'il ne serait pas approprié qu'elle entende l'appel. Le juge Matas a dit, aux pp. 530 et 531:

[TRADUCTION] Par conséquent, pour les motifs exposés précédemment, je rejette l'argument de la poursuite selon lequel cette cour n'a pas compétence pour entendre l'appel; je suis toutefois d'avis d'accueillir sa requête en annulation de l'appel pour le motif qu'il ne serait pas approprié de permettre qu'il suive son cours.

L'avocat a fait valoir qu'on devait conclure que, de l'avis du juge Matas, le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit un droit d'appel chaque fois qu'une question constitutionnelle se pose dans une affaire criminelle, mais le juge Brooke a écarté ce point de vue, en disant (aux pp. 273 et 274):

[TRADUCTION] Il se peut que la cour se soit attachée à ne pas exclure la Loi constitutionnelle comme un fondement possible de compétence dans l'hypothèse où il n'y aurait aucun tribunal compétent de degré inférieur auquel on pourrait demander réparation pour une violation ou une négation de droits et libertés garantis par la Charte. Telle n'est toutefois pas la situation en l'espèce. Il y a un droit d'appel devant la Cour d'appel et celle-ci a compétence pour entendre un appel formé par ces accusés s'ils sont reconnus coupables et, bien entendu, la question constitutionnelle pourra fort bien être alors un moyen d'appel si cela est conseillé aux accusés. De plus, il y a des puissantes raisons de principe de ne pas interrompre le déroulement du procès par des appels devant la Cour d'appel. C'est ce qu'a reconnu la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Bird*, précité. Les raisons de principe susmentionnées sont bien connues et n'ont pas besoin d'être répétées ici. Voir par exemple, les motifs du juge MacDonald dans l'arrêt *R. v. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269, 128 A.P.R. 269 (C.A.)

En définitive donc, nous retenons les arguments de l'avocat de la poursuite selon lesquels ni le par. 24(1) de la Charte ni le par. 52(1) de la Loi constitutionnelle

right of appeal to this court or jurisdiction in this court to hear this appeal.

I am in respectful agreement with Brooke J.A. With deference to the view expressed by Matas J.A., in so far as it may be said to recognize a right in a person to appeal to the Court of Appeal on an interlocutory basis from a refusal by the trial court of a *Charter* claim before the completion of the trial, and jurisdiction in the Court of Appeal to hear it, I would reject it. I find support for this view in *Re Laurendeau and The Queen* (1983), 9 C.C.C. (3d) 206 (Que. C.A.), and in the judgment of Craig J.A. in *Re Ritter and The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 123 (B.C.C.A.) Esson J.A., for the majority, considered a question not dealt with by Craig J.A. He said, at p. 136:

There is, however, another issue to be considered . . . That question is whether a right of appeal has been conferred under provincial legislation which, in this province, is the *Court of Appeal Act*, 1982 (B.C.), c. 7.

He then said, after referring to *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526, and *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 254n (B.C.C.A.), at p. 137:

The question is: do the *Code's* limitations upon rights of appeal apply to Charter issues which are raised in respect of indictable offences?

A similar argument was raised in the case of *Morgentaler*, *supra*, and dealt with in summary terms by Brooke J.A., at p. 274:

Finally, Mr. Manning contends that jurisdiction may be found in the Judicature Act, particularly ss. 2 and 28. On the hearing of the preliminary motion we rejected this submission because this appeal arises in the context of criminal proceedings and s. 602 of the Criminal Code is exhaustive of appellate remedies with respect to the offence with which the accused are charged. The Judicature Act has no application in the circumstances: *R. v. Forget* (1982), 35 O.R. (2d) 238, 65 C.C.C. (2d) 373 at 374-75 (Ont. C.A.).

n'ont en eux-mêmes pour effet d'accorder un droit d'appel à cette cour ou de donner à celle-ci compétence pour entendre le présent appel.

a Je suis respectueusement d'accord avec le juge Brooke. Avec égards pour l'opinion du juge Matas, dans la mesure où l'on peut dire qu'il reconnaît le droit de recourir à une procédure interlocutoire, avant que le procès ne soit terminé, pour en appeler à la Cour d'appel du rejet par la juridiction de première instance d'une demande fondée sur la *Charte*, et dans la mesure où l'on peut dire qu'il reconnaît à la Cour d'appel compétence pour entendre cet appel, je suis d'avis de la rejeter. Ce point de vue est étayé par l'arrêt *Laurendeau c. Procureur général du Québec*, [1983] C.A. 223, et par les motifs du juge Craig dans l'arrêt *Re Ritter and The Queen* (1984), 11 C.C.C. (3d) 123 (C.A.C.-B.) Le juge Esson, qui a rédigé les motifs de la majorité, s'est penché sur une question qui n'a pas été abordée par le juge Craig. À la page 136, le juge Esson fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] Il y a toutefois une autre question à examiner . . . Il s'agit de la question de savoir si un droit d'appel a été conféré par la loi provinciale, en l'occurrence la *Court of Appeal Act*, 1982 (C.-B.), chap. 7.

Le juge Esson se réfère alors aux arrêts *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, et *Re Turangan and Chui and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 254n (C.A.C.-B.), puis il ajoute, à la p. 137:

[TRADUCTION] On doit se demander si les restrictions qu'impose le *Code* aux droits d'appel s'appliquent à des questions relevant de la *Charte* soulevées à l'égard d'actes criminels.

Un argument semblable avancé dans l'affaire *Morgentaler*, précitée, a été sommairement rejeté par le juge Brooke à la p. 274:

[TRADUCTION] En dernier lieu, M^e Manning prétend que The Judicature Act, particulièrement ses art. 2 et 28, est attributive de compétence. À l'audition de la requête préliminaire, nous avons rejeté cet argument parce que l'appel a pris naissance dans le cadre de procédures criminelles et il n'y a pas d'autres possibilités d'appel à l'égard de l'infraction dont les accusés sont inculpés que celles autorisées par l'art. 602 du Code criminel. The Judicature Act ne s'applique pas en l'espèce: *R. v. Forget* (1982), 35 O.R. (2d) 238, 65 C.C.C. (2d) 373, aux pp. 374 et 375 (C.A. Ont.)

I see no essential difference between the Ontario statute and the British Columbia *Court of Appeal Act* in this respect and I agree that the provisions of s. 602 of the *Criminal Code*, being exhaustive of appellate remedies with respect to criminal offences, would preclude the possibility of another appeal under any other statute. Legislation regarding criminal appeals falls clearly within the ambit of federal legislative authority. In my view, it is clear that the issue raised in the case at bar arose in a criminal case. Where an accused person invokes a provision of the *Charter* in a criminal case, the question of its application and effect is clearly criminal law within federal jurisdiction.

The argument has been raised that to adopt the view that an unsuccessful claimant for relief under s. 24(1) of the *Charter* must await the outcome of the trial to pursue his appeal is to introduce needless delay into the process of providing *Charter* remedies. It is argued that these applications deal with fundamental rights and freedoms and accordingly should have priority. This argument rests, in my view, on two fallacies. The first is the assumption implicit in the argument that the claimant is entitled to a remedy. The second is that allowing an interlocutory appeal will get a remedy for him more quickly than the ordinary process of the court.

It must be remembered that everyone who claims *Charter* relief will not necessarily get what he seeks. There will be successful claims and unsuccessful claims, and in respect of each claim the question of breach of the right and entitlement to relief will have to be dealt with. This is true of all rights, *Charter* and non-*Charter*. If we recognize some priority arising out of an allegation of a breach of a *Charter* right so that it is somehow lifted from the ordinary flow of cases and given a special right of immediate interlocutory appeal, I fear that the confusion which would result would far outweigh any benefit which successful individuals would achieve. Furthermore, there is no guarantee that an interlocutory appeal will accelerate the process. Rather, experience has shown that the interlocutory motion or appeal has

Je ne vois aucune différence importante à cet égard entre la loi ontarienne et la *Court of Appeal Act* de la Colombie-Britannique et je suis d'accord que l'art. 602 du *Code criminel*, du fait qu'il prévoit d'une façon exhaustive les possibilités d'appel en ce qui concerne les infractions criminelles, exclurait tout autre appel fondé sur un autre texte législatif. Le pouvoir de légiférer relativement aux appels en matière criminelle relève clairement du fédéral. À mon avis, il est clair que la question en l'espèce a été soulevée dans une affaire criminelle. Or, lorsqu'un accusé invoque une disposition de la *Charte* dans une affaire criminelle, la question de son application et de son effet relève incontestablement du droit criminel qui est du ressort fédéral.

On a soutenu que l'adoption du point de vue selon lequel une personne déboutée de sa demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* doit attendre l'issue du procès pour interjeter appel entraînerait des retards inutiles dans le processus réparateur de la *Charte*. Ce type de demandes, prétend-on, porte sur des libertés et des droits fondamentaux et doit en conséquence passer en priorité. Cet argument est à mon sens doublement faux. En premier lieu, il tient pour acquis que le réclamant a droit à une réparation. En second lieu, il suppose qu'un appel interlocutoire, s'il était autorisé, constituerait un moyen plus rapide que les voies de recours judiciaires ordinaires pour obtenir une réparation.

Il faut se rappeler que toutes les personnes qui demandent un redressement en vertu de la *Charte* ne l'obtiendront pas nécessairement. Certaines d'entre elles réussiront et d'autres encore seront déboutées et pour chaque demande il faudra déterminer s'il y a eu violation d'un droit et s'il y a lieu d'accorder une réparation. Ainsi en est-il de tous les droits, ceux conférés par la *Charte* comme les autres. Si nous devons reconnaître à une allé- gation de violation d'un droit garanti par la *Charte* une espèce de statut prioritaire qui la sortirait en quelque sorte du flot ordinaire des affaires et qui donnerait un droit spécial d'appel interlocutoire immédiat, je crains que la confusion qui en résulterait serait bien loin d'être compensée par l'avantage qu'en tireraient les personnes qui obtien- draient gain de cause. De plus, rien ne dit qu'un

all too frequently been the instrument of delay. In my view, it does not follow that interlocutory appeals will hasten the process. They are far more likely to delay the disposition of cases and would themselves tend to prolong the proceedings involved in the determination of *Charter* infringement. The history of this case affords an example.

Jurisdiction

It has been argued in academic journals that any breach of a *Charter* right is jurisdictional in nature: see Morris Manning, at p. 478, in *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983), and Alan Gold, *Annual Review of Criminal Law* (1982), pp. 27-28. A contrary view has been expressed in other writings: see J. C. Levy, "The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations" (1983), 13 *Man. L.J.* 523, at pp. 539-40, and E. G. Ewaschuk, "The Charter: An Overview and Remedies" (1982), 26 *C.R.* (3d) 54, at pp. 70-71. As I understand the argument, it would be that where unreasonable delay is found to have occurred in the course of the prosecution of an offence, the court before which the proceeding is taken will thereby have been deprived of jurisdiction to deal further with the case and the prosecution would come to an end. I reject this view. Section 24(1) of the *Charter* has stated clearly that when a *Charter* right is infringed or denied, a person may apply to a court of competent jurisdiction for such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances. It has not specified a remedy and has not excluded the court from further participation in the matter. It has authorized the giving of an appropriate remedy by the court. This is not language from which one can infer that whenever a right is infringed in a prosecution the result must be a loss of jurisdiction by the trial court. Rather, it is language vesting the court with power to correct the situation. If one accepts this jurisdictional argument, it would be to mandate a particular result in every case and to prevent the exercise

appel interlocutoire aurait pour effet d'accélérer le processus. Au contraire, l'expérience démontre qu'une requête ou un appel interlocutoire occasionne bien trop souvent des délais. À mon avis, il ne s'ensuit pas que des appels interlocutoires permettraient de gagner du temps. En fait, il est beaucoup plus probable que ces appels ralentiraient le règlement de litiges et tendraient eux-mêmes à prolonger les procédures visant à établir s'il y a eu violation de la *Charte*. Le déroulement de la présente affaire en est d'ailleurs un exemple.

Compétence

Il a été prétendu dans certaines revues juridiques que toute violation d'un droit garanti par la *Charte* soulève une question de compétence: voir Morris Manning, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983), à la p. 478, et Alan Gold, *Annual Review of Criminal Law* (1982), aux pp. 27 et 28. D'autres auteurs ont exprimé le point de vue contraire: J. C. Levy, «The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations» (1983), 13 *Man. L.J.* 523, aux pp. 539 et 540, et E. G. Ewaschuk, «The Charter: An Overview and Remedies» (1982), 26 *C.R.* (3d) 54, aux pp. 70 et 71. Si je comprends bien l'argument, lorsqu'on conclut qu'il y a eu un délai déraisonnable dans la poursuite de quelqu'un pour une infraction, le tribunal saisi de l'affaire se verra de ce fait privé de compétence pour aller de l'avant dans l'instruction, ce qui mettra fin aux poursuites. Je rejette cette thèse. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* porte clairement que la victime d'une violation ou d'une négation d'un droit conféré par la *Charte* peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Cette disposition ne précise pas la nature de la réparation ni n'exclut toute autre participation du tribunal dans l'affaire. Le tribunal est autorisé à donner une réparation appropriée. Ce ne sont pas des termes dont on peut déduire que chaque atteinte à un droit dans le cadre de poursuites judiciaires entraîne inévitablement la perte de compétence de la juridiction de première instance. Tant s'en faut, car les termes employés investissent le tribunal du pouvoir de rectifier la

of the discretion given in s. 24(1) to give the appropriate remedy. In my view, the fact that a *Charter* right has been infringed does not of itself give rise to jurisdictional error, and I see no basis for the characterization of some *Charter* violations as jurisdictional while others are not.

There will no doubt be cases where the claim for relief under s. 24(1) of the *Charter* will be based on an allegation of jurisdictional error in respect of which prerogative relief in the superior court could be available. The two avenues to seek relief, that is, to the court in which the issue arises for an appropriate remedy under s. 24(1), or to the superior court for prerogative relief where the jurisdictional ground exist, will remain open but must be kept separate and applied according to circumstances. All *Charter* violations and infringements will not be jurisdictional. Remedies which may be ordered are not limited to prerogative remedy, that is, *certiorari*, prohibition and mandamus. These, of course, may be given where grounds for such relief, according to the law and practice which has grown up concerning them, are present. Otherwise, the remedy will be what the court considers appropriate and just under s. 24(1) of the *Charter*.

Remedies

What remedies are available when an application under s. 24(1) of the *Charter* succeeds? Section 24(1) again is silent on the question. It merely provides that the appellant may obtain such remedy as the court considers "appropriate and just in the circumstances". It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion. It is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion. No court may say, for exam-

situation. Si l'on retenait cet argument relatif à la compétence, on se trouverait à autoriser un résultat particulier dans chaque cas et à empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire que confère le par. 24(1) d'accorder la réparation appropriée. À mon sens, une atteinte à un droit garanti par la *Charte* ne suffit pas en soi pour entraîner une erreur de compétence, et je ne vois rien qui permet de conclure que certaines violations de la *Charte* touchent à la compétence alors que d'autres ne le font pas.

Il y aura sans aucun doute des cas où une demande de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* sera fondée sur une allégation d'erreur de compétence pouvant donner droit à un bref de prérogative devant la cour supérieure. Deux voies de recours s'offrent. On peut demander au tribunal devant lequel la question a pris naissance une réparation convenable en vertu du par. 24(1) ou on peut demander à la cour supérieure un bref de prérogative lorsque c'est la compétence qui est en cause. Toutefois, ces recours doivent rester séparés l'un de l'autre et appliqués en fonction des circonstances. Ce ne sont pas toutes les violations et transgressions de la *Charte* qui toucheront à la compétence. Les réparations pouvant être ordonnées ne se limitent pas aux brefs de prérogative, c'est-à-dire le *certiorari*, la prohibition et le *mandamus*. Bien sûr, il est possible d'accorder ces redressements lorsque cela est justifié selon les principes de droit et l'usage qui s'y appliquent, sinon la réparation sera celle que le tribunal estime convenable et juste comme le prévoit le par. 24(1) de la *Charte*.

Les réparations

Quelle réparation peut-on obtenir lorsqu'il est fait droit à une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*? Là encore le par. 24(1) n'apporte pas de réponse. Il ne fait que prévoir que l'appellant peut obtenir la réparation que le tribunal estime «convenable et juste eu égard aux circonstances». Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu. Ce large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont

ple, that a stay of proceedings will always be appropriate in a given type of case. Although there will be cases where a trial judge may well conclude that a stay would be the appropriate remedy, the circumstances will be infinitely variable from case to case and the remedy will vary with the circumstances.

Disposition

In the case at bar the claimant says that his trial has been unreasonably delayed. It was on this basis that he moved before the preliminary hearing magistrate at the commencement of the preliminary for relief under s. 24(1) of the *Charter*. This motion was refused. The appellant then brought a motion before Osborne J. in the High Court of Ontario claiming prohibition and as well *Charter* relief alleging delay and abuse of process. Osborne J. refused the motion. He found that there was no unreasonable delay. An appeal was taken to the Court of Appeal under s. 719 of the *Criminal Code*. This was dismissed by the Court of Appeal who found no error in the proceedings below. While the motion of the appellant included a claim for non-prerogative relief under the *Charter*, the appeal under s. 719 of the *Criminal Code* could only apply to the prerogative portion of the application. That is all that is before this Court. The dismissal by Osborne J. of the claim for prohibition and *certiorari* is sustainable because the preliminary hearing magistrate, having no jurisdiction to grant s. 24(1) relief, could not be said to have exceeded his jurisdiction in refusing to do so. It follows then, in my opinion, that this appeal must be dismissed with the result that the matter must be returned to the provincial court for the completion of the preliminary hearing. It may well be that there has been unreasonable delay in the proceedings and, as a consequence, the claimant is entitled to relief on that basis. This is a matter for the trial judge. If he is committed for

nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée. Aucun tribunal ne peut dire par exemple que la suspension d'instance conviendra toujours dans un certain type de cas. Certes, il y aura des affaires où le juge du procès pourra fort bien conclure que la suspension d'instance constitue la réparation appropriée, mais les circonstances varieront de façon infinie d'un cas à l'autre et la réparation accordée variera en conséquence.

Le dispositif

En l'espèce, le demandeur prétend que son procès a été retardé de façon déraisonnable. C'est le motif qu'il a avancé pour demander au magistrat, au début de l'enquête préliminaire, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cette demande a été rejetée. Puis, invoquant le retard des procédures et le caractère abusif de celles-ci, l'appelant a saisi le juge Osborne de la Haute Cour de l'Ontario d'une requête visant à obtenir une prohibition ainsi qu'une réparation en vertu de la *Charte*. Le juge Osborne a rejeté la requête. Selon lui, il n'y avait pas eu de retard déraisonnable. Un appel a été interjeté devant la Cour d'appel en vertu de l'art. 719 du *Code criminel*. Celle-ci a conclu que les procédures attaquées n'étaient pas entachées d'erreur et a en conséquence rejeté l'appel. Quoique la requête de l'appelant ait visé notamment l'obtention d'une réparation en vertu de la *Charte* autre qu'un bref de prérogative, l'appel fondé sur l'art. 719 du *Code criminel* ne pouvait porter que sur la partie de la requête qui demandait un bref de prérogative. C'est là l'unique question dont cette Cour se trouve saisie. La décision du juge Osborne de rejeter la demande de prohibition et de *certiorari* est maintenue parce qu'on ne saurait prétendre que le magistrat à l'enquête préliminaire, étant donné qu'il n'était pas autorisé à accorder une réparation en vertu du par. 24(1), a outrepassé sa compétence en refusant de donner cette réparation. Il s'ensuit donc, selon moi, que ce pourvoi doit être rejeté et que l'affaire doit en conséquence être renvoyée à la cour provinciale pour que l'enquête préliminaire puisse être terminée. Il se peut bien qu'il y ait eu un délai déraisonnable dans les procédures par suite de quoi le demandeur a droit à un redressement. Cette ques-

trial, he will be free to seek his remedy in that forum.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (*dissenting*)—I agree with my colleague Lamer J.'s treatment of the jurisdictional issues raised on this appeal. I also agree with him as to the general nature of the right conferred by s. 11(b) of the *Charter* and that it has been violated in this case.

Nor do I disagree with my colleague that s. 11(b) of the *Charter* protects the liberty and security interests which an accused has under s. 7. However, those interests are protected under s. 11(b) in the specific context of the accused's right to be tried within a reasonable time. We are concerned in this case, therefore, only with an impairment of those interests which can be shown to flow from delay in bringing the appellant to trial. For this reason I cannot subscribe to my colleague's view that there is an irrebuttable presumption in favour of impairment of those interests from the moment the charge is laid and that this has the effect of relieving the appellant of any onus of proof of impairment under the section. There may, indeed, be an irrebuttable presumption in favour of prejudice flowing from the fact of an accused's being charged with a criminal offence but that is not protected by s. 11(b) of the *Charter*. The prejudice arising from anxiety, stress and stigmatization by family and friends also exists where the accused is tried within a reasonable time. What the accused has to demonstrate under s. 11(b), in my opinion, is that he has suffered an impairment of his liberty and security interests as a result of the Crown's failure to bring him to trial within a reasonable time, not as a result of the Crown's having charged him.

I do not believe therefore that in approaching an alleged violation of s. 11(b) it is appropriate to start time running, as it were, in the accused's favour from the moment the charge is laid. While the time between the laying of the charge and the trial starts to run with the laying of the charge, the

tion doit toutefois être laissée à l'appréciation du juge du procès. Si le réclamant est renvoyé à procès, il lui sera alors loisible de demander une réparation fondée sur le retard déraisonnable.

^a Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (*dissidente*)—Je suis d'accord avec la façon dont mon collègue le juge Lamer a répondu aux questions de compétence soulevées par ce pourvoi. Je partage aussi son opinion quant à la nature générale du droit conféré par l'al. 11b) de la *Charte* et je suis d'accord avec lui qu'il y a eu violation de ce droit en l'espèce.

^c Je ne suis pas non plus en désaccord avec mon collègue quand il dit que l'al. 11b) de la *Charte* protège les intérêts en matière de liberté et de sécurité dont un accusé bénéficie en vertu de l'art. ^d 7. Cette protection est toutefois accordée à l'al. 11b) dans le contexte précis du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. Donc, nous n'avons à examiner en l'espèce que l'atteinte à ces intérêts qui, d'une façon démontrable, résulte du ^e délai à traduire l'appelant en justice. Pour cette raison je ne puis souscrire à l'avis de mon collègue selon lequel, dès l'instant où l'accusation est portée, il y a une présomption irréfragable d'atteinte auxdits intérêts qui a pour effet de dégager ^f l'appelant de toute obligation de prouver une telle atteinte. Il se peut bien qu'il y ait une présomption irréfragable de préjudice découlant du fait qu'un ^g accusé est inculpé d'une infraction criminelle, mais ce n'est pas ce que protège l'al. 11b) de la *Charte*. Le préjudice imputable à l'anxiété, au stress et à la stigmatisation de la part de la famille et des amis existe aussi lorsque l'inculpé subit son procès dans un délai raisonnable. Selon moi, ce que l'inculpé ^h doit établir aux fins de l'al. 11b) est une violation de ses intérêts en matière de liberté et de sécurité parce que le ministère public ne lui a pas fait subir son procès dans un délai raisonnable et non pas ⁱ parce que le ministère public l'a inculpé.

Je n'estime donc pas que, dans un cas où l'on prétend qu'il y a eu violation de l'al. 11b), le délai doit commencer à courir, pour ainsi dire, en faveur de l'inculpé à partir du moment où l'accusation est portée. Bien que le moment de l'inculpation constitue le point de départ du laps de temps

point at which the delay becomes unreasonable and therefore unconstitutional is the point at which the accused's s. 11(b) right is violated. All that precedes that point must be accepted as inherent in the nature of the process. We should not, in other words, turn the presumption of innocence into a presumption of *Charter* violation arising from the mere fact of the charge alone. To do so is to deny one of the realities of the justice system, namely that it is not a perfect system and that persons who are subsequently found to be innocent will, in the interval, have suffered the ignominy of the process. The *Charter* does not purport to protect us against that. What it does guarantee, however, is that a person charged with an offence will not have to suffer that ignominy for an unreasonable length of time before the charge against him is disposed of one way or the other. At some point what was theretofore lawful prejudice becomes unlawful and unconstitutional delay.

Unlike my colleague I believe that one of the more significant forms of impairment which can flow from delay in bringing an accused to trial is its impact on the accused's ability to make full answer and defence to the charge. I agree with my colleague that the accused's right to a fair trial is protected by s. 11(d) but again the context is somewhat different. What is at issue in the present case is not the fairness of his trial *per se* but the unreasonableness of the delay in providing it. The effect of the delay on the fairness of his trial is a relevant consideration in reasonableness but is not itself the primary source of the appellant's complaint. The accused could have argued, perhaps, that under s. 11(d) he is now to be permanently presumed innocent because a fair trial is impossible. That route was probably open to him but the s. 11(b) route seems to me to be more apposite to his current situation when his trial lies in the future and when the basis of his entire complaint is the right to be protected from unconstitutional delay.

entre l'inculpation et le procès, un délai ne devient déraisonnable et, partant, inconstitutionnel qu'au moment où il y a violation du droit reconnu à l'inculpé par l'al. 11b). Tout ce qui se passe antérieurement doit être accepté comme inhérent à la nature du processus. En d'autres termes, il faut se garder de transformer la présomption d'innocence en une présomption de violation de la *Charte*, fondée uniquement sur l'inculpation. Ce serait en fait la négation d'une des réalités du système judiciaire, savoir que celui-ci est imparfait et que les personnes qui finissent par être déclarées innocentes auront dans l'intervalle souffert l'ignominie rattachée aux poursuites. La *Charte* n'a pas vocation à nous protéger dans ce cas-là. Toutefois, elle garantit effectivement qu'un inculpé n'aura pas à souffrir cette ignominie pendant une période déraisonnablement longue avant que n'intervienne une décision, favorable ou défavorable, sur l'accusation pesant contre lui. À un certain moment, ce qui était jusque-là un préjudice légal devient un délai illégal et inconstitutionnel.

À la différence de mon collègue, j'estime que l'une des plus graves formes de violation pouvant résulter du délai mis à faire subir un procès par un inculpé est l'effet que ce délai peut avoir sur la possibilité pour l'inculpé d'opposer à l'accusation une réponse et une défense complètes. Je suis d'accord avec mon collègue que le droit d'un inculpé à un procès équitable est protégé par l'al. 11d), mais là encore le contexte est un peu différent. Ce dont il est question en l'espèce n'est pas le caractère équitable de son procès comme tel, mais le caractère déraisonnablement long du délai à le tenir. L'effet du délai sur le caractère équitable de son procès est un facteur dont on peut tenir compte dans la détermination du caractère raisonnable, mais ne constitue pas en soi le fondement principal de la plainte de l'appelant. Il aurait peut-être pu faire valoir que, suivant l'al. 11d), il doit maintenant bénéficier d'une présomption permanente d'innocence en raison de l'impossibilité de tenir un procès équitable. Cette voie lui était probablement ouverte, mais il me semble que l'al. 11b) s'applique mieux à sa situation actuelle, car son procès est pour l'avenir et sa plainte se fonde entièrement sur le droit à une protection contre tout délai inconstitutionnel.

I agree with the appellant that one of the factors to be considered in deciding whether or not the delay is unreasonable under s. 11(b) is whether the accused's ability to make full answer and defence to the charge has been impaired by it. This may be described as the legal as opposed to the psychological and sociological effect of the delay. The right to make full answer and defence has always been viewed as a cornerstone of the justice system and a delay which has the effect of eroding it cannot in any sense of the term be considered reasonable. I disagree with my colleague that this is purely a s. 11(d) consideration and cannot be a factor under s. 11(b). We cannot treat para. (a) to (i) as a number of watertight compartments. They represent a series of rights which any person charged with an offence has, but there is nothing to say that they are mutually exclusive. Quite the contrary. They draw life, as my colleague has been at pains to point out, from the s. 7 liberty and security interests which run through them like a common thread.

My point of difference then with my colleague is a narrow one but, in my mind, a significant one. For the reasons given by my colleague there may be cases of delay which are unreasonable even although they have not impaired the accused's ability to make full answer and defence. I do not doubt this for a moment. Length of time itself may be the culprit for the psychological and sociological reasons my colleague has identified. But, by the same token, if delay has had the effect of impairing the accused's ability to defend the charge, and he can establish the necessary causal connection, I cannot accede to the proposition that this is irrelevant in the assessment of reasonableness. It seems to me that it may provide an alternate basis of violation of the accused's s. 11(b) right.

I agree with my colleague that the delay of nineteen months which is attributable to the Crown, ten months of it due to the Crown's admitted negligence, is unreasonable. I would dispose of the appeal as my colleague proposes.

Je suis d'accord avec l'appelant qu'en décidant si un délai est raisonnable ou déraisonnable aux fins de l'al. 11b), on doit se demander entre autres si ce délai a nui à la capacité de l'inculpé d'opposer à l'accusation une réponse et une défense complètes. Il s'agit là de ce qu'on peut appeler l'effet juridique, par opposition à l'effet psychologique et sociologique, du délai. Le droit de présenter une réponse et une défense complètes a toujours été considéré comme une pierre angulaire du système de justice et un délai qui tend à le miner ne peut en aucune manière être tenu pour raisonnable. Je ne partage pas l'avis de mon collègue que cette considération joue uniquement dans le contexte de l'al. 11d) et n'entre pas en ligne de compte dans le cas de l'al. 11b). Les alinéas a) à i) ne sauraient être traités comme s'ils étaient séparés par des cloisons étanches. Ils énoncent une série de droits dont jouit tout inculpé, mais il n'y a rien qui dit qu'ils s'excluent mutuellement. Bien au contraire, car, comme mon collègue s'est attaché à le souligner, les intérêts en matière de liberté et de sécurité conférés par l'art. 7 sont le souffle qui anime chacune de ces dispositions.

Certes, le point sur lequel je suis en désaccord avec mon collègue est étroit, mais il est, à mon sens, important. Pour les raisons données par mon collègue, il peut y avoir des cas où un délai est déraisonnable, même s'il n'a pas nui à la capacité de l'inculpé de présenter une réponse et une défense complètes. Je n'en ai pas le moindre doute. La longueur de temps elle-même peut être à l'origine des raisons psychologiques et sociologiques mentionnées par mon collègue. Si de même le délai a eu pour effet de nuire à la capacité de l'inculpé d'opposer une défense à l'accusation et s'il est en mesure d'établir le lien causal requis, je ne puis accepter la proposition voulant que cela ne doit pas entrer en ligne de compte dans l'appréciation du caractère raisonnable. Il me semble que cela peut offrir un autre fondement à une violation du droit de l'accusé en vertu de l'al. 11b).

Je suis d'accord avec mon collègue que le délai de dix-neuf mois attribuable au ministère public, dont dix mois, de son propre aveu, sont imputables à sa négligence, est déraisonnable. Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière proposée par mon collègue.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—The facts and issues in this case fully appear in the opinions of my colleagues, McIntyre and Lamer JJ. and I, therefore, propose to set forth my own views on such of these as it appears necessary in the briefest possible compass.

I agree with my colleagues that a preliminary hearing magistrate is not a “court of competent jurisdiction” within the meaning of s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* so as to permit him to hear an application under that provision to determine whether an accused’s right “to be tried within a reasonable time” guaranteed by s. 11(b) of the *Charter* has been violated. The task of the preliminary hearing magistrate under the *Criminal Code* is by the *Code* limited in essence to determining whether, in his opinion, the evidence presented before him is or is not sufficient to commit the accused for trial; if it is, he is to commit the accused; otherwise, he must discharge him.

I see no warrant in the *Charter* for extending the ambit of the specific task assigned to the magistrate by the *Code*. From a practical standpoint, too, I would think this would unnecessarily complicate his task, require more evidence or at least a more thorough sifting of evidence than is required at a preliminary hearing, and in any event require the magistrate to look at the issues before him in a manner different from that contemplated by the *Code*. This complication of his task could well lead to the kind of delays for which an application under s. 24(1) is intended to offer a cure.

I would also add that I agree with McIntyre J. that the preliminary hearing magistrate has no jurisdiction to exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter*. While this power may seem similar to the magistrate’s duty regarding admissibility of evidence, what is involved is the granting of a remedy under s. 24(2). That remedy, it should be observed, is to be exercised “having regard to all

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Les faits et les questions en litige font l’objet d’un exposé complet dans les motifs de mes collègues les juges McIntyre et Lamer. Je me propose en conséquence de présenter le plus brièvement possible ma propre opinion sur chacun des points à l’égard desquels cela semble nécessaire.

Je suis d’accord avec mes collègues qu’un magistrat qui préside une enquête préliminaire n’est pas un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n’est donc pas autorisé à entendre une demande fondée sur cette disposition, visant à déterminer s’il y a eu violation du droit d’un accusé «d’être jugé dans un délai raisonnable», garanti par l’al. 11b) de la *Charte*. Aux termes du *Code criminel*, la tâche du magistrat présidant une enquête préliminaire se limite essentiellement à établir si, à son avis, la preuve produite devant lui suffit pour que l’inculpé soit renvoyé pour subir son procès; si c’est le cas le magistrat doit ordonner le renvoi à procès, sinon l’inculpé doit être libéré.

À mon avis, rien dans la *Charte* ne justifie l’élargissement de la portée de la tâche précise attribuée au magistrat par le *Code*. De plus, d’un point de vue pratique, il me semble que cela lui compliquerait inutilement la tâche, exigerait une preuve plus abondante ou, à tout le moins, un tri plus minutieux des éléments de preuve que ce n’est le cas dans le cadre d’une enquête préliminaire et, en tout état de cause, mettrait le magistrat dans l’obligation d’examiner d’une manière différente de celle envisagée par le *Code* les questions dont il se trouve saisi. Cette complication de sa tâche pourrait bien amener le genre de délais auxquels une demande fondée sur le par. 24(1) est censée apporter un remède.

De plus, je souscris à l’avis du juge McIntyre selon lequel le magistrat à l’enquête préliminaire n’a pas compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Bien que ce pouvoir d’exclusion puisse paraître assimilable au devoir du magistrat en matière de détermination de l’admissibilité de la preuve, ce dont il s’agit en réalité est l’attribution d’une réparation

the circumstances". Those circumstances may again require more evidence than is presented at the preliminary hearing. This evidence can be presented at trial.

I also share the view that the trial judge is a court of competent jurisdiction for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*. Indeed, in many cases he will be in the best position to provide the appropriate remedy for delay in breach of s. 11(b). At the conclusion of the trial, the trial judge will have the fullest account of the facts available and be able to accord such remedies as can reasonably be afforded under criminal law jurisdiction.

I should perhaps say that I agree that civil remedies should await action in a civil court. Quite apart from division-of-powers problems that would arise from attempting to award damages and similar remedies in a criminal court, the fact is that as a practical matter, these are best dealt with in accordance with pleading and practice appropriate to civil matters.

It should be obvious from the foregoing remarks that I am sympathetic to the view that *Charter* remedies should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises. I do not believe s. 24 of the *Charter* requires the wholesale invention of a parallel system for the administration of *Charter* rights over and above the machinery already available for the administration of justice.

Nonetheless, it is the *Charter* that governs, and if the ordinary procedures fail to meet the requirements of the *Charter* fully, then a means must be found to give it life. In *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, at p. 136, Holt C.J. instructs us that "it is a vain thing to imagine a right without a remedy". The problem does not directly arise here, of course, because the *Charter* by s. 24(1) provides that a court of competent

en vertu du par. 24(2). Or, il convient de noter que la décision d'accorder cette réparation doit être prise «eu égard aux circonstances». Là encore, ces circonstances peuvent exiger une preuve plus abondante que celle produite à l'enquête préliminaire. Cette preuve peut être produite au procès.

Je partage en outre l'opinion que le juge du procès est un tribunal compétent aux fins du par. 24(1) de la *Charte*. En fait, c'est souvent lui qui sera le mieux en mesure d'accorder la réparation appropriée en cas de délai constituant une violation de l'al. 11b). À la fin du procès, le juge possédera l'exposé le plus complet possible des faits, ce qui lui permettra d'attribuer toute réparation pouvant raisonnablement être accordée en vertu de sa compétence en matière criminelle.

Il convient peut-être de souligner que je suis d'accord que, pour obtenir une réparation civile, il faudra procéder par voie d'action devant un tribunal civil. Mis à part les problèmes de partage des pouvoirs que susciterait une tentative de la part d'un tribunal criminel d'accorder des dommages-intérêts et d'autres réparations semblables, il reste que sur le plan pratique il est préférable que les questions reliées à ces réparations soient réglées d'une manière conforme à la procédure et aux usages applicables en matière civile.

D'après ce qui précède, il doit être évident que je favorise le point de vue suivant lequel les réparations fondées sur la *Charte* doivent, d'une manière générale, être accordées dans le contexte normal des procédures dans lesquelles une question prend naissance. Je ne crois pas que l'art. 24 de la *Charte* exige que l'on invente de toutes pièces un système parallèle pour l'administration des droits conférés par celle-ci qui viendra s'ajouter aux mécanismes déjà existants d'administration de la justice.

Néanmoins, c'est la *Charte* qui prédomine et, si les procédures ordinaires ne répondent pas pleinement à ses exigences, on doit alors trouver un moyen de lui donner vie. Dans la décision *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, à la p. 136, le juge en chef Holt nous dit: [TRADUCTION] «Il est vain d'imaginer un droit qui ne soit pas assorti d'une sanction.» Bien sûr, ce problème ne se pose pas directement en l'espèce parce que le

jurisdiction may provide such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances. But there must at all times be a court to enforce this remedy. The notion that the remedy must fail or be ineffective for lack of a competent court within the confines of the ordinary procedures for the administration of criminal justice can no more be imagined than can the notion of a right without a remedy. While, therefore, the trial court will ordinarily be the appropriate court to grant the remedy, situations can arise where a trial court has not yet been set at the time when a remedy is required, or where a court is an inappropriate forum to seek a remedy because it is itself implicated in the breach of a constitutional right. In such cases, the competent court must be the superior court of the province in the exercise of its inherent jurisdiction. To this extent, I agree with Lamer J. on this issue.

This reasoning applies to delay. Delay may occur because the police do not take adequate steps to secure the presence of an accused following a charge (see *R. v. Richardson* (1984), 56 N.B.R. (2d) 172), or because the prosecution is slow to bring him to trial. It may also occur during the conduct of the preliminary hearing. In these cases, there is, as yet, no trial judge. I am also doubtful that from committal onwards one can rely on pre-trial motions to a judge other than a superior court judge to give effect to *Charter* remedies. The existing remedies by way of pre-trial motion appear to be grounded in specific statutory powers. Superior court judges are the only judges with the inherent jurisdiction to grant other remedies.

Similarly, if it is the trial court that has been dilatory, some other court must have jurisdiction to enforce the rights accorded by the *Charter*.

par. 24(1) de la *Charte* autorise un tribunal compétent à accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Mais il doit toujours y avoir un tribunal compétent pour accorder cette réparation. La notion d'une réparation vouée à l'échec ou à l'inefficacité en raison de l'absence d'un tribunal compétent dans les limites des procédures ordinaires établies pour l'administration de la justice criminelle n'est guère plus concevable que la notion d'un droit sans moyen d'assurer sa sanction. Donc, bien que ce soit normalement la juridiction de première instance qui ait compétence pour accorder la réparation, des situations peuvent se présenter dans lesquelles le tribunal devant lequel se déroulera le procès n'a pas encore été déterminé au moment où le besoin d'une réparation se fait sentir, ou dans lesquelles il ne convient pas de demander une réparation à ce tribunal parce que celui-ci a lui-même contribué à porter atteinte à un droit garanti par la Constitution. Dans ces cas, le tribunal compétent doit être la cour supérieure de la province dans l'exercice de sa compétence inhérente. Dans cette mesure, je suis d'accord avec le juge Lamer sur cette question.

Ce raisonnement s'applique aux délais. Un délai peut venir de ce que la police ne prend pas les mesures qui s'imposent pour assurer la présence d'un inculpé après qu'une accusation a été portée contre lui (voir *R. v. Richardson* (1984), 56 R.N.-B. (2d) 172), ou de ce que la poursuite tarde à lui faire subir son procès. Un délai peut en outre se produire dans le cadre d'une enquête préliminaire. Dans chacune de ces situations, il n'y a pas encore de juge du procès. Je doute d'ailleurs que l'on puisse après le renvoi à procès adresser à un juge autre qu'un juge d'une cour supérieure une requête préalable au procès pour obtenir une réparation en vertu de la *Charte*. Les réparations existantes que l'on peut demander par voie de requête préalable au procès semblent reposer sur des pouvoirs particuliers découlant de la loi. Seuls les juges des cours supérieures possèdent la compétence inhérente pour accorder d'autres réparations.

De même, si c'est la juridiction de première instance qui laisse traîner les choses, un autre tribunal doit avoir compétence pour sanctionner

Application to that court under those circumstances would obviously not be an effective remedy. So again a superior court must have jurisdiction. As I see it, though, that jurisdiction should only be exercised when it is necessary to do so in order to provide a remedy. Where another court is in a position to exercise an effective remedy, the jurisdiction of the superior court judge should not be exercised.

Whatever judge exercises jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*, be it the trial judge or a court of superior jurisdiction, I do not think its powers of redress for delay are limited to staying the prosecution. Nor do I see unreasonable delay as giving rise to a jurisdictional issue. Under s. 24(1), the power to afford a remedy for the breach of a *Charter* right is in terms discretionary. A court of competent jurisdiction may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances. To categorize unreasonable delay as jurisdictional and to make a stay the only possible judicial response to it, one must not only rewrite s. 24(1), but give the right in s. 11(b) a pre-eminence over other *Charter* rights which, in my view, neither the language of the *Charter* nor the accepted values of our society warrant. For example, a finding that a search or seizure is unreasonable, and therefore contrary to s. 8 (and, perhaps under certain circumstances, to s. 7 as well), does not necessarily result in a stay of proceedings. Rather, a court might, in accordance with s. 24(2) of the *Charter*, refuse to permit the admission of evidence obtained as a result of such a search, a remedy that in my view would often, though not always, be the appropriate one. Exclusion of evidence, unlike a stay, does not completely abort the prosecution.

I cannot, therefore, accept that the only remedy for unreasonable delay is a stay. I would have

les droits conférés par la *Charte*. Il est évident que dans ces circonstances s'adresser à ladite juridiction ne constituerait pas un recours efficace. Une fois de plus c'est une cour supérieure qui est le tribunal compétent. À mon sens, toutefois, elle ne doit exercer cette compétence que lorsque cela s'avère nécessaire pour accorder une réparation. S'il y a un autre tribunal qui est en mesure d'accorder une réparation efficace, on ne doit pas recourir à la compétence du juge de la cour supérieure.

Quel que soit le juge qui exerce sa compétence en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, que ce soit le juge du procès ou une juridiction de degré supérieur, je ne crois pas que ses pouvoirs de redressement en cas de délai se limitent à la suspension des procédures. Je n'estime pas non plus qu'un délai déraisonnable soulève une question de compétence. Le paragraphe 24(1) établit expressément le caractère discrétionnaire du pouvoir d'accorder une réparation pour la violation d'un droit conféré par la *Charte*. En effet, un tribunal compétent peut accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Pour qualifier un délai déraisonnable de question de compétence et faire de la suspension des procédures l'unique solution ouverte aux tribunaux, on doit non seulement récrire le par. 24(1) mais aussi donner au droit conféré par l'al. 11b) prééminence sur les autres droits conférés par la *Charte*, ce qui, selon moi, n'est justifié ni par les termes de la *Charte* ni par les valeurs reçues de notre société. Par exemple, une conclusion qu'une fouille, une perquisition ou une saisie est abusive et constitue donc une infraction à l'art. 8 (et, peut-être dans certaines circonstances, à l'art. 7 aussi), n'entraîne pas nécessairement une suspension des procédures. Au contraire, un tribunal peut, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, refuser d'admettre des éléments de preuve obtenus par ce moyen, ce qui constitue une réparation qui, à mon sens, sera souvent, quoique pas toujours, appropriée. L'exclusion d'éléments de preuve, à la différence d'une suspension des procédures, ne met pas totalement fin à la poursuite.

Je ne puis donc pas accepter que la seule réparation en cas de délai déraisonnable soit la suspen-

thought that in many cases, the most obvious remedy for delay would be to expedite the proceedings. Thus an order could be issued compelling whoever was causing the delay, whether the police, the prosecuting authorities, the preliminary hearing magistrate or the trial judge, to act with greater expedition. As well, if the accused were ultimately convicted, delay might be taken into account in sentencing, even in situations not otherwise considered in imposing sentence. Delay might also give rise to an award for damages in a subsequent civil action. The draconian remedy of a stay should be reserved for the more compelling cases. Such matters as the seriousness of the crime, the length and nature of the delay and other factors should be taken into account in fashioning a remedy. Section 24(1) of the *Charter* does not contemplate a single response. It provides rather for such remedy as may be appropriate and just in the circumstances.

I am aware that the Supreme Court of the United States has held that for breach of the provision of the United States' Constitution providing for speedy trials, dismissal of an indictment is the only possible remedy; see *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), at p. 522, and *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973). The American approach, however, is not consistent with the language of s. 24 of the *Charter*. Moreover, the adoption of this drastic step as the sole remedy would in my view have the effect of making the courts seriously hesitate before adopting it in any given case. Certainly, as White J. noted in *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), at p. 121, over-zealous application of this remedy would infringe "the societal interest in trying people accused of crime, rather than granting them immunization because of legal error". Whether or not for this reason, the courts in the United States have tended to minimize the scope of the right to a speedy trial; see Note, "The Lagging Right to a Speedy Trial," 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965), at p. 1587. "The result", so Professor Uviller of Columbia tells us, "is a right debilitated, its components askew"; see H. Richard Uviller, "*Barker*

sion des procédures. J'aurais cru que bien souvent la réparation la plus évidente serait d'accélérer les procédures. Ainsi, une ordonnance pourrait être rendue qui obligerait le responsable du délai, qu'il s'agisse de la police, du ministère public, du magistrat à l'enquête préliminaire ou du juge du procès, d'agir avec plus de célérité. De plus, si l'inculpé devait finir par être reconnu coupable, le délai pourrait être pris en considération au moment de la détermination de la peine, même dans des situations dont on ne tient normalement pas compte pour déterminer la peine. Le délai pourrait aussi donner lieu à des dommages-intérêts dans une action civile subséquente. Quant à la réparation draconienne qu'est la suspension des procédures, elle doit être réservée aux cas les plus criants. En accordant une réparation, les tribunaux doivent tenir compte notamment de la gravité du crime ainsi que de la durée et de la nature du délai. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* n'envisage pas qu'une seule réparation. Il prévoit plutôt une réparation qui est convenable et juste eu égard aux circonstances.

Je n'ignore pas que la Cour suprême des États-Unis a conclu que le rejet de l'acte d'accusation est la seule réparation possible lorsqu'il y a violation de la disposition de la Constitution américaine prévoyant la tenue des procès sans délai; voir les arrêts *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), à la p. 522, et *Strunk v. United States*, 412 U.S. 434 (1973). La démarche américaine est toutefois incompatible avec les termes de l'art. 24 de la *Charte*. Qui plus est, retenir cette mesure sévère comme l'unique réparation possible aurait pour effet, selon moi, de rendre les tribunaux fort réticents à l'adopter dans un cas donné. Certes, comme le soulignait le juge White dans l'affaire *United States v. Ewell*, 383 U.S. 116 (1966), à la p. 121, une application trop zélée de cette réparation irait à l'encontre [TRADUCTION] «de l'intérêt qu'a la société à ce que les personnes accusées d'un crime soient jugées plutôt que de recevoir une immunité par suite d'une erreur juridique». Que ce soit pour cette raison-là ou pour une autre, les tribunaux américains ont eu tendance à restreindre la portée du droit à un procès sans délai; voir le commentaire «The Lagging Right to a Speedy Trial», 51 *Va. L. Rev.* 1587 (1965), à la p. 1587.

v. *Wingo*: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle,” 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972), at p. 1376. In the words of Professor Amsterdam of Stanford, in the United States, “[v]arious institutional arrangements and forces at work within the criminal process have long tended to convert the right of every criminal defendant to have a speedy trial into a very different sort of right: the right of a few defendants, most egregiously denied a speedy trial, to have the criminal charges against them dismissed on that account.”; see Anthony G. Amsterdam, “Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies,” 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975), at p. 525.

Of the United States Supreme Court’s conclusion that dismissal is the only possible remedy for the denial of a speedy trial, a position that is more assumed than defended by the court, Amsterdam has this to say, at pp. 534-35:

On its face, this proposition is incredible. Anglo-American law has long provided remedies for denial of a speedy trial other than dismissal of the prosecution with prejudice. State and lower federal courts enforcing sub-constitutional speedy-trial guarantees have frequently found other remedies appropriate; and both lower courts and the Supreme Court have enforced the sixth amendment by other means. Surely, the primary form of judicial relief against denial of a speedy trial should be to expedite the trial, not to abort it. Where expedition is impracticable for some reason, the Supreme Court’s repeated recognition of the several distinct interests protected by a right to speedy trial suggests the propriety of fashioning various remedies responsive to the particular interest invaded in any particular case. If the sole wrong done by delay is “undue and oppressive incarceration prior to trial,” the remedy ought to be release from pretrial confinement; if prolongation of the “anxiety” and other vicissitudes “accompanying public accusation” is sufficiently extensive, the remedy ought to be dismissal of the accusation without prejudice; and it is only when delay gives rise to “possibilities (of impairment of) . . . the ability of an accused to defend himself,” or when a powerful sanction is needed to compel prosecutorial obedience to norms of speedy trial which

[TRADUCTION] «Il en résulte», nous dit le professeur Uviller de Columbia, «un droit boiteux avec des éléments en déséquilibre»; voir H. Richard Uviller, «*Barker v. Wingo*: Speedy Trial Gets a Fast Shuffle», 72 *Colum. L. Rev.* 1376 (1972), à la p. 1376. Pour reprendre les propos du professeur Amsterdam de Stanford, aux États-Unis [TRADUCTION] «plusieurs facteurs et influences institutionnels qui jouent dans le processus pénal tendent depuis longtemps vers la transformation du droit d’un inculpé d’être jugé sans délai en un droit bien différent: le droit de quelques inculpés, qui se sont vu refuser d’une manière très flagrante un procès sans délai, à ce que les accusations criminelles pesant contre eux soient pour cette raison rejetées.»; voir Anthony G. Amsterdam, «Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies», 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975), à la p. 525.

En ce qui concerne la conclusion de la Cour suprême des États-Unis que le rejet constitue la seule réparation possible lorsque quelqu’un se voit refuser un procès sans délai, position qui est plus présumée que défendue par la cour, Amsterdam fait les observations suivantes, aux pp. 534 et 535:

[TRADUCTION] À première vue, cette proposition est incroyable. Voilà longtemps que le droit anglo-américain prévoit des réparations autres que le rejet absolu des poursuites en cas de privation d’un procès sans délai. Les tribunaux des États et les juridictions fédérales de degré inférieur chargés de faire respecter le droit à un procès sans délai garanti par la Constitution ont souvent jugé appropriés d’autres redressements; et aussi bien les juridictions de degré inférieur que la Cour suprême ont eu recours à d’autres moyens pour assurer l’application du sixième amendement. Logiquement, le redressement principal accordé par les tribunaux quand on refuse à quelqu’un un procès sans délai doit être l’accélération du procès et non son avortement. Lorsque, pour une raison ou pour une autre, il s’avère impossible de procéder plus rapidement, le fait que la Cour suprême a reconnu à maintes reprises l’existence de plusieurs intérêts distincts protégés par le droit à un procès sans délai suggère qu’il y a lieu d’élaborer diverses réparations adaptées à l’intérêt précis auquel il a été porté atteinte dans un cas donné. Si l’unique préjudice résultant du délai est «une incarcération indue et oppressive avant le procès», la réparation devrait être la libération; si la prolongation de «l’anxiété» et des autres vicissitudes «accompagnant une inculpation publique» est suffisamment importante,

judges cannot otherwise enforce, that dismissal of a prosecution with prejudice is warranted.

While I am not, as at present advised, prepared to say that a stay should be granted only in the cases mentioned in this passage, I am as I noted earlier, in general agreement with this approach.

I turn now to a discussion of the role that should be played by a judge in the position of Osborne J. to whom an application is made under s. 24(1) for a remedy against unreasonable delay. The preliminary hearing magistrate, as I have indicated, was not a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1), and accordingly Osborne J. as a superior court judge was the only court competent to grant a *Charter* remedy. There must, as I also noted, at all times be a court of competent jurisdiction to whom resort can be had when an accused believes his constitutional right to be tried within a reasonable time has been breached. Osborne J. was, therefore, the court competent to hear and consider an application to deal with this issue.

This brings me to the question of the proper exercise of discretion by a superior court judge who has deemed it necessary to intervene in these circumstances. I share the view of Lamer J. that as much as possible issues of unreasonable delay should be dealt with by the trial judge. This is consistent with the spirit of s. 24(1) of the *Charter*, which contemplates that an appropriate remedy is to be moulded to fit the circumstances. Only at trial will those circumstances have been fully dissected and explored. The trial judge, after hearing all the evidence, will be in the best position to determine precisely what has happened, what prejudice the accused has suffered, and the extent to which he has himself contributed to the delay, remembering that delay will often be of benefit to the accused and used by him for that purpose.

la réparation devrait être le rejet de l'inculpation sous réserve; et ce n'est que lorsque le délai occasionne des «possibilités (d'atteinte à) . . . la capacité d'un inculpé de se défendre», ou qu'une sanction énergique est nécessaire pour contraindre la poursuite à se conformer aux normes relatives à un procès sans délai, normes que les juges ne peuvent appliquer d'aucune autre manière, que le rejet absolu d'une poursuite est justifié.

Quant à moi, je ne suis pas prêt à dire qu'une suspension des procédures ne doit être accordée que dans les cas visés dans le passage reproduit ci-dessus, mais, comme je l'ai déjà fait remarquer, j'approuve de façon générale cette démarche.

Voilà qui m'amène à une étude du rôle que doit jouer un juge dans la situation du juge Osborne, qui se trouve saisi d'une demande fondée sur le par. 24(1) visant à obtenir une réparation à cause d'un délai déraisonnable. Le magistrat à l'enquête préliminaire n'était pas, je le répète, un tribunal compétent au sens du par. 24(1). Par conséquent, le juge Osborne, en sa qualité de juge d'une cour supérieure, était le seul tribunal ayant compétence pour accorder une réparation en vertu de la *Charte*. J'ai déjà souligné aussi qu'il doit toujours y avoir un tribunal compétent auquel un inculpé peut recourir s'il estime qu'on a violé le droit que confère la Constitution d'être jugé dans un délai raisonnable. Il s'ensuit que le juge Osborne était le tribunal compétent pour entendre et examiner une demande de ce genre.

Je passe ensuite à la question de la façon dont doit exercer son pouvoir discrétionnaire un juge d'une cour supérieure qui a cru nécessaire d'intervenir dans une telle situation. Je suis d'accord avec le juge Lamer que la question de savoir s'il y a eu un délai déraisonnable doit dans la mesure du possible être tranchée par le juge du procès. Cela est d'ailleurs conforme à l'esprit du par. 24(1) de la *Charte*, qui envisage une réparation convenable adaptée aux circonstances. Seulement au procès celles-ci auront-elles pu être pleinement disséquées et analysées. C'est le juge du procès qui, après avoir entendu l'ensemble de la preuve, sera le mieux placé pour déterminer avec exactitude ce qui s'est passé, la nature du préjudice que l'inculpé a pu subir et la mesure dans laquelle il a lui-même contribué au délai, compte tenu du fait qu'un délai

Much of the necessary information is none too clear in the present case. Moreover, it is at the trial stage that the full panoply of possible criminal remedies (including a reduction of sentence, for example) can be brought into play, so far as the power to redress any injury suffered by the accused is concerned.

By and large, too, on an application such as that brought before Osborne J., the evidence is by way of affidavit, and is thus not as satisfactory as evidence at trial. If *viva voce* evidence is taken, this can itself increase delay. Generally, interventions by superior court judges in the ordinary course of the criminal process can give rise to serious delays of their own, particularly if appeals are permitted from such interventions. The present case is an apt illustration.

In the exercise of his discretion, therefore, a superior court judge must keep the foregoing factors in mind. On the whole, his jurisdiction should be confined to attempting to prevent existing causes of delay and ongoing prejudice to an accused. For example, if the delay is in connection with the manner in which a preliminary hearing is being conducted, he can order more expeditious measures to be taken, keeping open the possibility of a stay should delay continue. If a person is incarcerated, he can have him liberated. Generally, however, a superior court judge on a s. 24(1) application should, in my view, refrain from attempting to remedy delays that are not ongoing. The trial judge will be in a better position to deal with past delays when the case comes before him.

I am not saying that a superior court judge, acting in the proper exercise of his discretion under s. 24(1) ought never to stay a proceeding. It may be the only sanction open to him if measures he directs to expedite matters are not complied with. It may also be possible to imagine a case where an accused has been charged with a relatively minor offence and such serious delays have

joue souvent en faveur de l'inculpé et qu'il y aura recours précisément à cause de cela. En l'espèce, une bonne partie des renseignements nécessaires ne sont pas très clairs. De plus, en ce qui concerne le pouvoir de réparer tout préjudice subi par l'inculpé, c'est au stade du procès que s'offre toute la panoplie des réparations possibles en matière criminelle (y compris la réduction de la peine, par exemple).

En général aussi, dans le cas d'une demande comme celle dont le juge Osborne a été saisi, la preuve est présentée par affidavit, ce qui n'est pas aussi satisfaisant que la preuve produite au procès. Si des témoignages de vive voix sont recueillis, cela peut en soi augmenter le délai. En général, des interventions de juges de cour supérieure dans le déroulement normal du processus criminel peuvent à elles seules entraîner d'importants délais, particulièrement s'il est permis d'interjeter appel de ces interventions. La présente affaire en est un bon exemple.

Chaque fois qu'un juge d'une cour supérieure exerce son pouvoir discrétionnaire, il doit avoir ces facteurs à l'esprit. Dans l'ensemble, l'exercice de sa compétence doit se limiter à des tentatives de supprimer les causes existantes de délai et de préjudice persistant envers l'inculpé. Par exemple, si le délai est relié à la manière dont une enquête préliminaire est menée, le juge peut ordonner qu'on procède de façon plus expéditive, tout en se réservant la possibilité de suspendre les procédures au cas où le délai se prolongerait. S'il est question d'une personne incarcérée, le juge peut la faire libérer. En règle générale, toutefois, un juge d'une cour supérieure saisi d'une demande fondée sur le par. 24(1) doit, selon moi, se garder d'essayer de remédier à des délais non persistants. Le juge du procès, quand l'affaire parvient devant lui, sera mieux en mesure de traiter des délais antérieurs.

Je ne veux pas dire par là qu'un juge de cour supérieure, dans l'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 24(1), ne doit jamais prononcer la suspension des procédures. Il se peut que cela soit l'unique sanction qu'il puisse appliquer en cas d'inexécution des mesures ordonnées par lui pour accélérer les choses. On peut aussi concevoir un cas où un inculpé est

occurred, possibly including periods of incarceration, that it will be obvious that the only appropriate and just remedy dictated by the *Charter* will be a stay. But generally, as I have said, the proper course for a superior court judge to take is to refrain from attempting to remedy past delays. The trial judge who ultimately hears the case will generally be far more cognizant of the facts and have at his disposal a wider array of possible remedies. He will be in a better position to respond to the obvious intention of the *Charter* than an appropriate and just remedy be afforded having regard to the circumstances.

Since I do not think a separate non-*Charter* jurisdictional question is involved in this case, which might have made *certiorari* or prohibition an appropriate remedy, I have confined my remarks to the s. 24 remedy. From such application, neither the *Charter* nor the *Criminal Code* makes any provision for appeal and I do not think it lies within the province of the courts to create one. It may well be, however, that there is an appeal to this Court with leave from the superior court as the court of final resort.

I am of the view, then, that the matter should be returned to the preliminary hearing magistrate and that the question of unreasonable delay within the meaning of the *Charter* should ultimately be dealt with by the trial judge if the accused is committed for trial. In dealing with this issue, the trial judge should not consider himself fettered by Osborne J.'s finding regarding unreasonableness or the Court of Appeal's dismissal of the appeal from his decision. The issue considered by Osborne J. was whether the delay constituted a jurisdictional ground giving rise to a remedy under prerogative writs, and the appeal to the Court of Appeal could only be from a decision on an application for such a writ. The issue before those courts was very different from one where it is sought to determine whether there was delay sufficient under s. 24(1) to allow a court to fashion an appropriate and just

accusé d'une infraction relativement mineure et où il y a eu des délais, comprenant peut-être des périodes d'incarcération, tellement importants que la suspension des procédures sera manifestement l'unique réparation convenable et juste qui s'impose en vertu de la *Charte*. Toutefois, d'une manière générale, comme je l'ai déjà fait remarquer, il sied qu'un juge de cour supérieure s'abstienne de toute tentative de remédier à des délais antérieurs. Le juge du procès qui finit par entendre l'affaire aura généralement une bien meilleure connaissance des faits et disposera d'un plus grand choix de réparations possibles. Il sera mieux placé pour donner suite à l'intention évidente exprimée dans la *Charte*, savoir qu'on accorde une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances.

Puisque j'estime que la présente affaire ne soulève aucune question distincte de compétence ne relevant pas de la *Charte*, qui aurait pu faire du *certiorari* ou de la prohibition une réparation appropriée, je limite mes observations à la réparation prévue par l'art. 24. Ni la *Charte* ni le *Code criminel* ne prévoient le droit d'appel à cet égard et, à mon avis, il n'appartient nullement aux tribunaux d'en créer un. Il se peut toutefois qu'on puisse, avec l'autorisation de la cour supérieure, se pourvoir devant cette Cour en sa qualité de juridiction de dernière instance.

Je suis donc d'avis que l'affaire doit être renvoyée au magistrat chargé de l'enquête préliminaire et que la question de savoir s'il y a eu un délai déraisonnable aux fins de la *Charte* doit finalement être soumise au juge du procès si l'inculpé est renvoyé à son procès. En abordant cette question, le juge du procès ne doit pas se considérer comme lié par la conclusion du juge Osborne relativement au caractère déraisonnable ni par le fait que la Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté de la décision de ce dernier. La question examinée par le juge Osborne était de savoir si le délai constituait un moyen fondé sur la compétence, donnant lieu à une réparation au moyen d'un bref de prérogative, et l'appel à la Cour d'appel ne pouvait attaquer qu'une décision relative à une demande de bref de prérogative. La question dont ces cours-là se trouvaient saisies était très différente

remedy, a remedy that might well fall short of aborting the proceedings. The trial judge will be in a better position to determine this issue, particularly given the state of the record. Finally, I do not think it changes anything to categorize the remedy sought from Osborne J. as an application for a s. 24(1) remedy because the remedy sought for and considered by Osborne J. was one seeking a stay because the delay was so unreasonable as to warrant the granting of that remedy.

I am by no means sure how successful courts can be in remedying delay by means of *Charter* remedies. There are many systemic problems the solution of which must be found elsewhere. Still, I think courts should not shirk on occasion from exercising a stay, even where the cause is systemic. However, I do not think it is the intention of the *Charter* that courts should automatically allow persons guilty of serious criminal acts to go free simply because someone has caused delay that can be regarded as unreasonable. That approach has now worked in the United States. Courts have recoiled from using such a drastic remedy and so are often left with no remedy at all. As I mentioned, I am not sanguine that courts can, in the exercise of *Charter* jurisdiction, do as much as one would wish to prevent delay. On the other hand, I do not see that we should denude ourselves of possible additional instruments that can be devised by an imaginative use of s. 24(1) of the *Charter*.

For these reasons, I agree with McIntyre J. that the appeal must be dismissed and the matter returned to the provincial court for completion of the preliminary inquiry.

de celle de savoir s'il y a eu un délai suffisant aux fins du par. 24(1) pour qu'un tribunal puisse accorder une réparation convenable et juste, laquelle réparation pourrait bien ne pas aller jusqu'à l'avortement des procédures. Compte tenu surtout de l'état du dossier, c'est le juge du procès qui sera le mieux placé pour trancher cette question. En dernier lieu, j'estime que cela ne change rien de dire que ce qu'on a demandé au juge Osborne était une réparation fondée sur le par. 24(1), car la réparation demandée et examinée par le juge Osborne était la suspension des procédures parce que le délai était déraisonnable au point de justifier que cette réparation soit accordée.

Je ne suis pas du tout certain que les tribunaux pourront, grâce aux réparations autorisées par la *Charte*, réussir à remédier aux délais. Il existe en fait nombre de problèmes systémiques dont la solution doit être cherchée ailleurs. Néanmoins, j'estime que les tribunaux ne doivent pas hésiter à prononcer parfois la suspension des procédures, même si la cause du délai est systémique. Cela dit, je ne crois pas qu'on ait voulu au moyen de la *Charte* que les tribunaux mettent automatiquement en liberté les personnes coupables d'actes criminels simplement parce que quelqu'un a occasionné un délai pouvant être considéré comme déraisonnable. Cette façon de procéder n'a pas fonctionné aux États-Unis. En effet, les tribunaux ont reculé devant l'application d'une réparation aussi draconienne et ils se trouvent souvent ainsi dans l'impossibilité d'accorder une réparation. Comme je l'ai déjà souligné, les probabilités que les tribunaux, dans l'exercice de la compétence que leur confère la *Charte*, puissent faire tout ce qu'on pourrait souhaiter qu'ils fassent pour empêcher les délais ne me rendent pas optimiste. D'un autre côté, je ne vois pas pourquoi nous devrions nous priver des autres possibilités qui pourront être inventées pour peu que l'on fasse preuve d'imagination dans l'application du par. 24(1) de la *Charte*.

Pour ces motifs, je suis d'accord avec le juge McIntyre qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la cour provinciale pour que l'enquête préliminaire puisse suivre son cours.

Appeal dismissed, DICKSON C.J. and LAMER and WILSON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Julius Melnitzer and D. Fletcher Dawson, London.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

Pourvoi rejeté, le juge en chef DICKSON et les juges LAMER et WILSON sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Julius Melnitzer et D. Fletcher Dawson, London.

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



*If undelivered, return COVER ONLY to,
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1986 Vol. 1

and

Tables

6^e cahier, 1986 Vol. 1

et

Tables

Cited as [1986] 1 S.C.R. { i-xlvi
863-1004

Renvoi [1986] 1 R.C.S. { i-xlvi
863-1004

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, LL.B.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Supervisor, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1986.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xvii
Table of Cases Cited	xxi
Statutes and Regulations Cited	xxxvii
Authors Cited	xlvi
Index	993

Canning v. The Queen 991

Criminal law — Evidence — Identification — Accused paraded in detention centre corridor and not in line-up — Charge to jury indicating need for caution in approaching identification evidence but not relating that need to facts — Appeal allowed and new trial ordered.

Carter v. The Queen 981

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Whether pre-charge delay relevant to determining if accused's right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Mills v. The Queen 863

Constitutional law — Charter of Rights — Courts of competent jurisdiction to grant remedy under s. 24(1) of the

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, LL.B.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiŕte en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviŕseur
RICHARD BERBERI

Superviseur, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
MICHELINE ROCHON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1986.

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xix
Table de la jurisprudence	xxi
Lois et règlements cités	xli
Doctrine citée	xlvi
Index	999

Canning c. La Reine 991

Droit criminel — Preuve — Identification — Identification de l'accusé dans le corridor d'un centre de détention et non dans le cadre d'une séance d'identification régulière — Directives au jury faisant part de la nécessité de montrer de la prudence en abordant la preuve d'identification, mais n'établissant pas de lien entre cette nécessité et les faits — Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Carter c. La Reine 981

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès tenu dans un délai raisonnable — Pertinence ou non du délai antérieur à l'inculpation pour déterminer s'il y a eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Charter — Accused alleging at his preliminary inquiry a violation of his Charter right to be tried within reasonable time — Preliminary inquiry judge not a court of competent jurisdiction — Procedure to be followed in seeking a remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24.

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Whether accused's right to be tried within reasonable delay denied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Nero et al. v. Rygus et al. 989

Pensions — Entitlement — Vesting — Contributions made by employer to multi-employer pension plan established by international union — New pension plan subsequently established for members of local union — Benefits under original plan not yet vested — Employees not entitled to deferred benefits under original plan.

SOMMAIRE (Fin)

Mills c. La Reine 863

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunaux compétents pour accorder une réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte — Inculpé alléguant à l'enquête préliminaire qu'il y a eu violation de son droit conféré par la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable — Le juge à l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent — Procédures à suivre pour obtenir une réparation — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Y a-t-il eu négation du droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Nero et autres c. Rygus et autres 989

Régime de retraite — Droit d'en bénéficier — Attribution — Cotisations versées par l'employeur dans un régime de retraite multi-employeurs établi par un syndicat international — Établissement subséquent d'un nouveau régime de retraite à l'intention des membres du syndicat local — Prestations en vertu du régime initial non encore attribuées — Employés n'ayant pas droit aux prestations différées du régime initial.

AVIS AUX AVOCATS

NOTE TO THE PROFESSION

Les avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada sont priés d'utiliser le R.C.S. pour donner la référence des arrêts qu'ils citent et qui y sont publiés.

La coopération des avocats est requise en cette matière.

Counsel practising before the Supreme Court of Canada are requested to provide the S.C.R. citation when available.

The co-operation of Counsel is expected.



REGISTRAIRE

REGISTRAR

Le 15 septembre 1986

September 15, 1986

AVIS AUX AVOCATS

Aux avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada:

Vu le volume et la complexité des affaires soumises à la Cour, tout doit être mis en œuvre pour lui faciliter la tâche.

Les avocats sont donc avisés qu'il serait utile à la Cour que les passages des autorités utilisées soient indiqués par des renvois aux pages et soulignés dans le texte ou dans la marge.

Votre coopération serait appréciée.

NOTE TO THE PROFESSION

Counsel pleading before the Supreme Court of Canada are asked to take note of the following:

With the volume and complexity of the cases coming before the Court, it is imperative that everything be done to facilitate the task of the Court.

Counsel are therefore advised that it would be helpful to the Court if the passages to be relied upon in each of the authorities are indicated by page references and highlighted by underlining or sidelining.

Your co-operation would be appreciated.



REGISTRAIRE

REGISTRAR

Juin 1986

June 1986

AVIS AUX AVOCATS

Aux avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada:

La Cour apprécierait la coopération des avocats pour que le volume des documents soumis soit réduit.

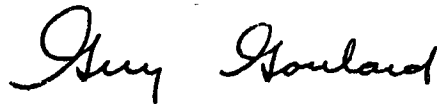
Les avocats doivent donc faire tous les efforts possibles pour s'assurer que les autorités fournies à la Cour par une partie ne font pas double emploi avec celles produites par les autres parties.

NOTE TO THE PROFESSION

Counsel pleading before the Supreme Court of Canada are asked to take note of the following:

The Court would appreciate Counsel's cooperation in reducing the volume of material presented to the Court.

Counsel are therefore requested to make all possible efforts to assure that the authorities provided to the Court by one party shall not duplicate authorities provided by the other party or parties.



REGISTRAIRE

REGISTRAR

Juin 1986

June 1986



1986 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Editors

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

Arrêtistes

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

Published pursuant to the Statute by

GUY Y. GOULARD, LL.B.

Registrar of the Court

Publié conformément à la Loi par

GUY Y. GOULARD, LL.B.

Registraire de la Cour

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable JEAN BEETZ

The Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

The Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

The Honourable JULIEN CHOUINARD

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERALD LE DAIN

The Honourable GERARD V. LA FOREST

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable BRIAN DICKSON, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable JEAN BEETZ

L'honorable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

L'honorable WILLIAM ROGERS McINTYRE

L'honorable JULIEN CHOUINARD

L'honorable ANTONIO LAMER

L'honorable BERTHA WILSON

L'honorable GERALD LE DAIN

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

ERRATA

- [1984] 2 S.C.R. p. 275, line *e-2* of the English version. Read “entire polity” instead of “entire policy”.
- [1985] 1 S.C.R. p. 208, line *j-5* of the English version. Add after [1983] 1 F.C. 218 “(later dismissed on appeal [1985] 1 F.C. 124)”.
- [1985] 1 S.C.R. p. 208, line *j-6* of the French version. Add after [1983] 1 C.F. 218 “(infirmé en appel [1985] 1 C.F. 124)”.
- [1985] 1 S.C.R. p. 344, line *h-5* of the French version. Read “l’arrêt de cette Cour” instead of “l’arrêt de Cour”.
- [1985] 1 S.C.R. p. 459, line *h-3* of the English version. Read “Constitution Act, 1982” instead of “Charter”.
- [1986] 1 S.C.R. p. 334, line *g-3* of the English version. Read “loath” instead of “loathe”.
- [1986] 1 S.C.R. p. 335, line *j-4* of the English version. Read “led” instead of “lead”.
- [1986] 1 S.C.R. p. 348, line *a-3* of the English version. Read “renowned” instead of “reknowned”.
- [1986] 1 S.C.R. p. 756, line *c-4* of the French version. Read “Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2° Supp.)” instead of “Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. (2° Supp.)”
- [1984] 2 R.C.S. p. 275, ligne *e-2* de la version anglaise. Lire «entire polity» au lieu de «entire policy».
- [1985] 1 R.C.S. p. 208, ligne *j-5* de la version anglaise. Ajouter après [1983] 1 F.C. 218 «(later dismissed on appeal [1985] 1 F.C. 124)».
- [1985] 1 R.C.S. p. 208, ligne *j-6* de la version française. Ajouter après [1983] 1 C.F. 218 «(infirmé en appel [1985] 1 C.F. 124)».
- [1985] 1 R.C.S. p. 344, ligne *h-5* de la version française. Lire «l’arrêt de cette Cour» au lieu de «l’arrêt de Cour».
- [1985] 1 R.C.S. p. 459, ligne *h-3* de la version anglaise. Lire «Constitution Act, 1982» au lieu de «Charter».
- [1986] 1 R.C.S. p. 334, ligne *g-3* de la version anglaise. Lire «loath» au lieu de «loathe».
- [1986] 1 R.C.S. p. 335, ligne *j-4* de la version anglaise. Lire «led» au lieu de «lead».
- [1986] 1 R.C.S. p. 348, ligne *a-3* de la version anglaise. Lire «renowned» au lieu de «reknowned».
- [1986] 1 R.C.S. p. 756, ligne *c-4* de la version française. Lire «Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2° Supp.)» au lieu de «Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. (2° Supp.)»

MOTIONS—REQUÊTES

- 122392 Canada Inc. c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 19823, leave to appeal refused with costs, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 126149 Canada Inc. c. Westmount Medical Building Inc.* (Qué.), 19753, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A. B. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19853, leave to appeal refused, 26.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (C.A.F.), 19499, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée. Leave to cross-appeal on the second and third points in the notice of motion for leave to appeal of the respondent granted, 18.2.86, autorisation de pourvoi incident sur les questions deux et trois de l'avis de requête et autorisation de pourvoi de l'intimée accordée.
- Air Canada v. The Queen in right of British Columbia* (B.C.), 19602, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission* (F.C.A.)(Alta.), 19731, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Allan (Joint trustee in bankruptcy of Estate of Abacus Cities Ltd.) v. Bank of Montreal* (Alta.), 19848, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Allsop v. Marentette* (Ont.), 19606, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Anderson v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19710, leave to appeal refused, 17.3.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Assessment Commissioner of British Columbia v. Rivtow Industries Ltd.* (B.C.), 19795, leave to appeal refused with costs, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Association des gymnastes amateurs de Montréal c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 19828, leave to appeal refused with costs, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Manitoba v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.* (Man.), 19609, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Attorney General of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd.* (Nfld.), 19736, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Attorney General of Nova Scotia v. Sobeys Stores Ltd.* (N.S.), 19682, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- B.A.C.M. Industries Ltd. v. LoCicero* (Man.), 19830, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Bandag Canada Ltée c. Syndicat national des employés de Bandag de Shawinigan* (Qué.), 19880, leave to appeal refused with costs, 26.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bank of Montreal v. Dube* (Sask.), 19851, leave to appeal refused with costs, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bank of Montreal v. National Trust Co.* (B.C.), 19113, notice of discontinuance filed, 20.1.86, avis de désistement produit.
- Banque-fédérale de développement c. Commission de la santé et de la sécurité du travail* (Qué.), 19858, leave to appeal granted, 12.6.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Banque Nationale du Canada c. Banque Toronto Dominion* (Qué.), 19877, leave to appeal refused with costs, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Baril c. Ministre de l'Expansion industrielle régionale* (Qué.), 19784, notice of discontinuance filed, 25.4.86, avis de désistement produit.
- Beauchesne c. Procureur général du Québec* (Qué.), 19186, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Bernard v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19558, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Berquist v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19705, leave to appeal refused, 3.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Birchwood Dairy Farm Ltd. v. Milk Board* (B.C.), 19868, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bissett v. Boulton Enterprises Ltd.* (B.C.), 19698, leave to appeal refused with costs, 3.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Blanchette v. Blanchette* (Sask.), 19649, leave to appeal refused with costs, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Blasser c. Royal Institution for the Advancement of Learning* (Qué.), 19737, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boisbriand (Ville de) c. Lefebvre* (Qué.), 19751, leave to appeal refused with costs, 3.3.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boudreau v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19885, leave to appeal refused, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Breton v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19673, leave to appeal refused, 3.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- British Columbia Forest Products Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 19677, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bruce v. Young* (Alta.), 19845, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brunnhuber v. Haywood Securities Inc.* (B.C.), 19783, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Burns c. Imperator* (Qué.), 19890, leave to appeal refused, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Burr v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 19607, leave to appeal refused, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Caldwell c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 19909, leave to appeal refused, 26.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Canada Mortgage & Housing Corporation (Formerly Central Mortgage & Housing Corporation) v. Sherritt-Gordon Mines Ltd.* (Man.), 19663, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canada Southern Railway Co. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 19932, leave to appeal refused with costs, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Imperial Bank of Commerce v. Standard Investments Ltd.* (Ont.), (19619), leave to appeal refused with costs, 3.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Indemnity Co. v. Carward Concrete & Gravel Co.* (Alta.), 19779, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission* (F.C.A.)(Man.), 19659, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian National Transportation, Ltd. v. Provincial Court of Alberta* (Alta.), 19532, leave to appeal granted, 26.6.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian Newspaper Co. v. Government of Manitoba* (Man.), 19876, leave to appeal refused with costs, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Canadian Odeon Theatres Ltd. v. City of Winnipeg* (Man.), 19661, leave to appeal refused with costs, 3.3.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carruthers v. Langley* (B.C.), 19765, leave to appeal refused with costs, 17.3.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Casey v. Donnelly* (Ont.), 19925, leave to appeal refused with costs, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cave v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19615, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Chandler v. Alberta Association of Architects* (Alta.), 19722, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Chartwell Shipping Ltd. c. Q.N.S. Paper Co.* (Qué.), 19595, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Christiansen v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19668, leave to appeal refused, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec* (Qué.), 19339, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Citra-Mix Ltd. v. Stevens, Hewlett & Perkins* (Ont.), 19684, leave to appeal refused with costs, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cominco Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 19676, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire c. Ville de St-Césaire* (Qué.), 19900, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (C.A.F.), 19500, leave to appeal granted, 10.12.85, autorisation de pourvoi accordée. Leave to cross-appeal on the second and third points in the notice of motion for leave to appeal of the respondent granted, 18.2.86, autorisation de pourvoi incident sur les questions deux et trois de l'avis de requête et autorisation de pourvoi de l'intimée accordée.
- Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Venne* (Qué.), 19689, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Communauté urbaine de Montréal c. Northern Telecom Ltée* (Qué.), 19862, leave to appeal granted, 26.6.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Commune de Vaux-Le-Penil c. Groupe Videotron Ltée* (Qué.), 19743, leave to appeal refused with costs, 24.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cooper v. Cooper* (Alta.), 19730, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the Municipality of Metro Toronto v. Koumoudouros* (Ont.), 19675, leave to appeal refused with costs, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cotter v. Cotter* (Ont.), 19847, notice of discontinuance filed, 18.4.86, avis de désistement produit.
- Couture c. Mines SNA Inc.* (Qué.), 19941, leave to appeal refused with costs, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cranch v. Canada Permanent Trust Co.* (Sask.), 19835, leave to appeal refused with costs, 22.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.* (Ont.), 19590, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Cusson-Lafleur c. Commission scolaire de Chavigny* (Qué.), 19829, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Dakota Ojibway Tribal Council v. Bewza (carrying on business under Highland Park Motel Lodge)* (Man.), 19803, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dalton (James) c. Consolidated-Bathurst Co.* (Qué.), 17813, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dalton (Julie) v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.A.)(Ont.), 19804, leave to appeal refused, 22.4.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Del Core v. Ontario College of Pharmacists* (Ont.), 19903, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dembiczak v. Dembiczak* (Sask.), 19734, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Desfosses v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19929, leave to appeal refused, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Deutsch v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), 19820, leave to appeal refused with costs, 22.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dominion of Canada General Insurance Co. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 19881, leave to appeal refused with costs, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dominion Ready Mix Inc. c. Procureur général du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 19701, leave to appeal granted, 3.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Dookhun v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 19791, leave to appeal refused, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Doré c. La Reine du chef du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 19770, leave to appeal granted, 17.3.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Doucet c. Caisse populaire Henri Bourassa* (Qué.), 19754, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Drolet c. Côté* (Qué.), 19827, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dwyer v. Council of the College of Physicians and Surgeons of Alberta* (Alta.), 19837, leave to appeal refused with costs, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Easwaramoorthy v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 19866, leave to appeal refused, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Edmonton Journal v. Parisian* (Alta.), 19926, leave to appeal refused with costs, 26.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Elite Builders Ltd. v. Maritime Life Assurance Co.* (B.C.), 19769, leave to appeal refused with costs, 17.3.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Emerson v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 19907, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Esposito v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19740, leave to appeal refused, 24.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Fallbridge Holdings Ltd. v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 19717, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Family & Children's Services of Kings County v. Jess* (N.S.), 19686, leave to appeal refused with costs, 3.3.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ferguson v. Imax Systems Corporation* (Ont.), 19664, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fine (Marvin David) v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19611, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Fine (Sol) v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19612, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.

- Finlay v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19559/61, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Fischer c. Morier* (Qué.), 19814, leave to appeal refused, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Fisher (an infant) v. Andrews* (B.C.), 19778, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Forest Products Terminal Corporation Ltd. v. Minister of Finance* (N.B.), 19867, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Foster v. Minister of Employment & Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 19756, leave to appeal refused, 3.3.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Fox v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 19790, leave to appeal refused, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Fraternité des chauffeurs d'autobus, opérateurs de métro (C.T.C.U.M.), section 1983, S.C.F.P. c. Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 19821, leave to appeal refused with costs, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 19755, leave to appeal refused with costs, 3.3.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- G. E. Cox Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (N.B.), 19763, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gadzella v. Gadzella (James)* (Sask.), 19354, leave to appeal refused, 6.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Gadzella v. Gadzella (Walter)* (Sask.), 19355, leave to appeal refused, 6.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Gauthier c. Commission de protection du territoire agricole du Québec* (Qué.), 19620, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing Ltd.* (Ont.), 19724, leave to appeal granted, 3.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- General Security Insurance Co. v. Carwald Concrete & Gravel Co.* (Alta.), 19777, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Godbout c. Provi-Soir Inc.* (Qué.), 19871, leave to appeal refused with costs, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Goldhar v. Goldhar* (Ont.), 19943, leave to appeal refused with costs, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Goshinman v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19703, leave to appeal refused, 17.3.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Greenshields Incorporated c. Denem Ltée* (Qué.), 19658, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guilbault c. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 19655, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Henley v. Atlantic Provinces Special Education Authority* (N.S.), 19815, leave to appeal refused with costs, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Henri Paquette Inc. c. Ville de Trois-Rivières* (Qué.), 19891, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hicliff Corporation (1978) c. Kruco Inc.* (Qué.), 19742, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hisey v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19789, leave to appeal refused, 22.4.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Holt v. McCutcheon* (N.B.), 19785, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Horning v. Institute of Chartered Accountants for Saskatchewan* (Sask.), 19718, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Hunter v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19702, leave to appeal refused, 17.3.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Hunter Engineering Co., Inc. v. Syncrude Canada Ltd.* (B.C.), 19773, leave to appeal granted, 3.6.86, autorisation de pourvoi accordée.
- International Union of Operating Engineers, Local 894 v. Consolidated Bathurst Inc.* (N.B.), 19706, leave to appeal refused with costs, 3.3.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Inter-Tech Resource Group Inc. v. Haywood Securities Inc.* (B.C.), 19783, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Javelin International Ltd./Ltée v. Attorney General of Newfoundland* (Nfld.), 19875, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jetté c. Poirier* (Qué.), 19818, leave to appeal refused, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Johnson (Brian Allen) v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19700, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Johnson (William Frank) v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19699, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Johnston v. The Queen* (Crim.)(Man.), 19681, leave to appeal refused, 3.3.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Kalichuk v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 19405, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kelemen v. Continental Bank of Canada* (Alta.), 19613, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kelly v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19693, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- King Seagrave Ltd. v. Canada Permanent Trust Co.* (Ont.), 19883, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Klimashewski v. Klimashewski* (Man.), 19639, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Komadowski v. The Queen* (Crim.)(Man.), 19850, leave to appeal refused, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Kostrinsky c. Commission des réclamations étrangères* (C.A.F.)(Qué.), 19696, leave to appeal refused, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Kruger (Gene H.) c. Kruco Inc.* (Qué.), 19735, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kruger Inc. c. Kruco Inc.* (Qué.), 19745, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laurentide Motels Ltd. c. Ville de Beauport* (Qué.), 19842, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Law Society of Alberta v. Black* (Alta.), 19889, leave to appeal granted, 12.6.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Lebel c. Winzen Land Corporation Ltd.* (Qué.), 19690, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Levesque v. Picard* (N.B.), 19708, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- London Life Insurance Co. v. Doyle* (B.C.), 19719, leave to appeal refused with costs, 3.3.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Luci v. The Queen* (Ont.), 19723, notice of discontinuance filed, 12.3.86, avis de désistement produit.
- MacCulloch v. Price Waterhouse Ltd. (Trustee in bankruptcy of Estate of Charles E. MacCulloch, deceased)* (N.S.), 19817, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacIsaac v. Eskasoni School Board/Eskasoni Band Council* (N.S.), 19938, leave to appeal refused with costs, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mack v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 19747, leave to appeal granted, 24.2.86, autorisation de pourvoi accordée.

- MacKay v. Government of Manitoba* (Man.), 19671, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Mailloux v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19788, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Maloney c. Falardeau* (Qué.), 19872, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mana Construction v. Dillingham Canada International Ltd.* (B.C.), 19774, leave to appeal refused with costs, 17.3.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Manley v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 19726, leave to appeal refused, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Martel c. Durocher* (Qué.), 19762, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mazur v. The Queen* (Crim.)(Y.T.), 19886, leave to appeal refused, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- McBurney v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 19636, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- McGlynn c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 19562, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Melcor Developments Ltd. v. Desa Stores Ltd.* (Alta.), 19095, notice of discontinuance filed, 16.5.86, avis de désistement produit.
- Mercure v. Attorney General of Saskatchewan* (Sask.), 19688, leave to appeal granted, 27.1.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Messe c. 2155-1007 Québec Inc.* (Qué.), 19936, leave to appeal refused with costs, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Meyer v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 19746, leave to appeal refused with costs, 3.3.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Miller v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19667, leave to appeal refused, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Molchan v. Omega Oil & Gas Ltd.* (Alta.), 19687, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Moncton (City of) v. Buggie* (N.B.), 19665, leave to appeal refused with costs, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moores v. Sequira* (Nfld.), 19657, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morkin v. Morkin* (Man.), 19650, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Mount Wright Iron Mines Co. v. Cominco Ltd.* (Ont.), 19715, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Muise v. The Queen* (Crim.)(C.M.A.C.)(Ont.), 19643, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Naqitarvik v. The Queen* (Crim.)(N.W.T.), 19895, leave to appeal refused, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- National Indian Brotherhood v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 19625, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nelles v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), (19598), leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Nelson v. Columbia Trust Co.* (B.C.), 19741, leave to appeal refused, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Northern Construction Co. Division of Morrison-Knudson Co. v. City of Calgary* (Alta.), 19797, leave to appeal granted, 12.6.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Noskiye v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19901, leave to appeal refused, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Nova Scotia Building Supplies Ltd. v. T & R Construction Ltd.* (N.S.), 19679, leave to appeal refused with costs, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Nova Scotia Michelin Tire Employees Union, Local 169 of the Canadian Labour of Congress v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 19728, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nowe v. Nowe* (N.S.), 19822, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Odeco Drilling of Canada Ltd. v. Hickey* (Nfld.), 19894, notice of discontinuance filed, 18.6.86, avis de désistement produit.
- Ontario Conference Corporation of the Seventh-Day Adventist Church v. Attorney General for Ontario* (Ont.), 19855, notice of discontinuance filed, 23.5.86, avis de désistement produit.
- Ontario Health Insurance Plan v. Cook* (Ont.), 19721 leave to appeal refused with costs, 26.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Hockey Association v. Blainey* (Ont.), 19919, leave to appeal refused with costs, 26.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Metal Importers Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise* (C.A.F.)(Qué.), 19744, leave to appeal refused with costs, 24.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Osborne v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19782, leave to appeal refused, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Osterlin v. Osterlin* (Sask.), 19911, leave to appeal refused with costs, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- O'Sullivan v. Montreal Trust Co.* (Ont.), 19811, leave to appeal refused with costs, 22.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pagé c. Procureur général du Québec* (Qué.), 19713, leave to appeal refused, 3.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Pagé c. Procureur général du Québec* (Qué.), 19714, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paquet c. Mines SNA Inc.* (Qué.), 19941, leave to appeal refused with costs, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Parent c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 19707, leave to appeal refused, 3.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Paul v. Kurdyak* (Ont.), 19844, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pavlic v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19662, leave to appeal refused, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Pearson c. Apelbaum* (Qué.), 19757, leave to appeal refused with costs, 17.3.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pinot c. Metrotec Inc.* (Qué.), 19642, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Piperno c. Ministre de l'emploi et de l'immigration* (C.A.F.)(Qué.), 19597, leave to appeal refused, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Precision Mechanics Ltd. c. Morin* (Qué.), 19833, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. Albert* (Qué.), 19653, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Procureur général du Québec c. Brunet* (Qué.), 19652, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Procureur général du Québec c. Collier* (Qué.), 19654, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Procureur général du Québec c. Kott* (Qué.), 19808, notice of discontinuance filed, 4.4.86, avis de désistement produit.

- Québec Ready Mix Inc. c. Rocois Construction Inc.* (C.A.F.)(Qué.), 19697, leave to appeal granted, 3.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Quesnel v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19767, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. c. Baxter* (Qué.), 17966, notice of discontinuance filed, 28.1.86, avis de désistement produit.
- R. v. Dymont* (Crim.)(P.E.I.), 19786, leave to appeal granted, 17.3.86, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Grimwood* (Crim.)(B.C.), 19760, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Parkin Jr.* (Crim.)(Ont.), 19852, leave to appeal refused, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Robertson* (Crim.)(Ont.), 19813, leave to appeal granted, 12.6.86, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Ruptash* (Crim.)(Alta.), 19933, leave to appeal refused, 26.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Sophonow* (Crim.)(Man.), 19672, leave to appeal refused, 22.4.86, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Sutton* (N.B.), 19869, leave to appeal refused, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Valley* (Crim.)(Ont.), 19800, leave to appeal refused, 22.4.86, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Warren* (Crim.)(Alta.), 19924, leave to appeal refused, 26.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Ramsay v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19526, leave to appeal refused, 24.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Reggio Foods Inc. c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 19669, leave to appeal refused with costs, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ringrose v. Carswell Legal Publications Western* (Alta.), 19729, leave to appeal refused with costs, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ritter v. Ritter* (B.C.), 19887, notice of discontinuance filed, 3.6.86, avis de désistement produit.
- Robillard (André) c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 19626, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Robillard (Jean) c. La Reine* (Qué.), 19200, notice of discontinuance filed, 10.2.86, avis de désistement produit.
- Robin v. Collège de Saint-Boniface* (Man.), 19720, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rocois Construction Inc. c. Dominion Ready Mix Inc.* (Qué.), 19780, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Ruptash v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19933, leave to appeal refused, 26.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Ryan v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19670, leave to appeal refused, 24.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Sayers v. Shell Canada Resources Ltd.* (Alta.), 19648, leave to appeal refused with costs, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schlegel v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 19709, leave to appeal refused, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Schwartz c. Scott* (Qué.), 19841, leave to appeal granted, 21.4.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Scott c. Schwartz* (Qué.), 19666, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Scott c. Schwartz* (Qué.), 19691, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Seede v. Camco Inc.* (Ont.), 19942, leave to appeal refused with costs, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Service Employees International Union, Local 333 U. H. v. University Hospital, Saskatoon* (Sask.), 19772, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Shostal v. Canada Permanent Trust Co.* (Sask.), 19836, leave to appeal refused with costs, 22.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Showman v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 19748, leave to appeal granted, 24.2.86, autorisation de pourvoi accordée.

- Sills (formerly LaBrash) v. The Queen* (Crim.)(F.C.A.), 19727, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Simon v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19578, leave to appeal refused, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Singh (Dalbagh) v. The Queen* (Crim.)(Man.), 19656, leave to appeal refused, 6.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Smith v. Hudzik* (Man.), 19807, leave to appeal refused with costs, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Southam Inc. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19826, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sport Maska Inc. c. Zittreer* (Qué.), 19660, leave to appeal granted, 28.2.86, autorisation de pourvoi accordée.
- St-Denis v. Canadian Chicken Marketing Agency* (F.C.A.)(Ont.), 19694, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stanke v. Messer* (B.C.), 19716, leave to appeal refused with costs, 24.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat de l'enseignement du Haut-Richelieu c. Commission scolaire régional Honore-Mercier* (Qué.), 19752, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat de Professionnelles et Professionnels du gouvernement du Québec c. Procureur général de la province de Québec* (Qué.), 19892, leave to appeal refused with costs, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des employés de métal Sigodec (CSN) c. St-Arnaud* (Qué.), 19934, leave to appeal refused with costs, 23.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Szeto c. Fédération Compagnie d'Assurances du Canada* (Qué.), 19806, leave to appeal refused with costs, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tambrands Canada Inc. v. Minister of National Revenue* (F.C.A.)(Ont.), 19587, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Teodorowych v. Teodorowych* (Ont.), 19573, leave to appeal refused with costs, 6.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thompson v. Pre-Bilt Structures Ltd.* (P.E.I.), 19824, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thorne Riddell Inc. v. New Alger Mines Ltd.* (Ont.), 19896, leave to appeal refused with costs, 26.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tomyn v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19899, leave to appeal refused, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Transx Ltd. v. Reimer Express Lines Ltd.* (Man.), 19831, notice of discontinuance filed, 4.4.86, avis de désistement produit.
- Treasury Board v. Professional Institute of the Public Service of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 19874, leave to appeal refused with costs, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tremblay (Jean-François) c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique* (C.A.F.)(Qué.), 19776, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tremblay (Mario) c. Procureur général du Québec* (Qué.), 19149, leave to appeal granted, 22.5.86, autorisation de pourvoi accordée.
- Tremblay (Patrick James) v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19633, leave to appeal refused, 17.3.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Tremblay (Yvonne) c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 19766, leave to appeal refused, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Trust général du Canada c. Marois* (Qué.), 19878, leave to appeal refused with costs, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Tucker v. Steetley Industries Ltd.* (Ont.), 19838, leave to appeal refused with costs, 23.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turzanski v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 19865, leave to appeal refused, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Ultramar Canada Inc. c. Foundation Co. of Canada Ltd.* (Qué.), 19888, notice of discontinuance filed, 13.5.86, avis de désistement produit.
- Underwood v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19898, leave to appeal refused, 26.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- United Mine Workers of America District No. 26, Local 4522 (Sectionmen) v. Cape Breton Development Corporation* (N.S.), 19674, leave to appeal refused with costs, 24.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Université de Montréal c. Syndicat des chargés de cours de l'université de Montréal* (Qué.), 19692, leave to appeal refused with costs, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Valmet Oy c. Beloit Canada Ltée/Ltd.* (C.A.F.)(Qué.), 19834, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vanderkloet v. Leeds & Grenville County Board of Education* (Ont.), 19565, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wagenhoffer v. Wagenhoffer* (Sask.), 19764, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wagner v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19839, leave to appeal refused, 21.4.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Warren v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19960, leave to appeal refused, 26.6.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Welk v. Saskatchewan Social Services Appeal Board* (Sask.), 19882, leave to appeal refused with costs, 20.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Welsh v. Marentette* (Ont.), 19605, leave to appeal refused with costs, 28.2.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Western Caissons Ltd. v. Canson Enterprises Ltd.* (B.C.), 19843, notice of discontinuance filed, 13.5.86, avis de désistement produit.
- White v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 19787, leave to appeal refused, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Wiens v. The Queen* (Crim.)(Man.), 19640, leave to appeal refused, 27.1.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Williams v. Andronyk* (Man.), 19704, leave to appeal refused with costs, 22.5.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Willis v. Ridout* (Ont.), 19846, leave to appeal refused with costs, 22.4.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Winters v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 19685, leave to appeal refused, 3.2.86, autorisation de pourvoi refusée.
- Wozney v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 19768, leave to appeal refused, 12.6.86, autorisation de pourvoi refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

	PAGE		PAGE
A		D	
Association of Parents for Fairness in Education <i>et al.</i> , Société des Acadiens du Nouveau- Brunswick Inc. <i>et al.</i> v.....	549	Daoust v. The Queen	248
Attorney General of Canada, Canadian Pacific Ltd. v.....	678	Derrickson v. Derrickson.....	285
Attorney General of Manitoba <i>et al.</i> , Bilodeau v... ..	449	Di Pietro <i>et al.</i> v. The Queen	250
Attorney General of Quebec v. Expropriation Tri- bunal <i>et al.</i>	732	Dube v. Labar	649
Attorney General of Quebec, Bellerose <i>et al.</i> v.....	55	Dubois v. The Queen	366
B		E	
B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.	228	Expropriation Tribunal <i>et al.</i> , Attorney General of Quebec v.....	732
Baie-James (Municipalité de la), Gendron v.	401	F	
Bell Canada v. Consumers' Association of Canada <i>et al.</i>	190	Farquharson v. The Queen.....	703
Bellerose <i>et al.</i> v. Attorney General of Quebec.....	55	Fleming (Gombosh Estate) v. The Queen	415
Bilodeau v. Attorney General of Manitoba <i>et al.</i> ...	449	G	
Boucher v. The Queen	750	Gagnon v. The Queen.....	264
Brossard (City of) v. Pelletier.....	53	Gendron v. Baie-James (Municipalité de la)	401
C		Golden <i>et al.</i> , The Queen v.	209
C.T.C. Mortgage Corp., Nelson <i>et al.</i> v.	749	Guillemette v. The Queen	356
Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada.....	678	H	
Canadian Paper Workers Union, Local 219, St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v.	704	H.W. Liebig & Co. v. Leading Investments Ltd. ...	70
Canning v. The Queen	991	Hawkshaw v. The Queen	668
Carter v. The Queen	981	Hill, R. v.	313
Clarkson v. The Queen	383	Hillis Oil and Sales Ltd. v. Wynn's Canada, Ltd. ...	57
Consumers' Association of Canada <i>et al.</i> , Bell Canada v.....	190	Hofstrand Farms Ltd., B.D.C. Ltd. v.	228
Cook v. The Queen	144		

	PAGE		PAGE
I		R. v. Landry	145
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics <i>et al.</i>	752	R. v. Valois	278
		Rygas <i>et al.</i> , Nero <i>et al.</i> v.	989
L		S	
Labar, Dube v.	649	Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. <i>et al.</i> v. Association of Parents for Fairness in Education <i>et al.</i>	549
Landry, R. v.	145	St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219 ...	704
Leading Investments Ltd., H.W. Liebig & Co. v. ...	70		
M		T	
MacDonald v. City of Montreal <i>et al.</i>	460	The Queen v. Golden <i>et al.</i>	209
Martin v. Perrie	41	The Queen v. Oakes	103
Mezzo v. The Queen	802	The Queen, Boucher v.	750
Miida Electronics <i>et al.</i> , ITO—International Ter- minal Operators Ltd. v.	752	The Queen, Canning v.	991
Mills v. The Queen	863	The Queen, Carter v.	981
Montreal (City of) <i>et al.</i> , MacDonald v.	460	The Queen, Clarkson v.	383
Morozuk v. The Queen	31	The Queen, Cook v.	144
		The Queen, Daoust v.	248
N		The Queen, Di Pietro <i>et al.</i> v.	250
Nelson <i>et al.</i> v. C.T.C. Mortgage Corp.	749	The Queen, Dubois v.	366
Nero <i>et al.</i> v. Rygas <i>et al.</i>	989	The Queen, Farquharson v.	703
		The Queen, Fleming (Gombosh Estate) v.	415
O		The Queen, Gagnon v.	264
Oakes, The Queen v.	103	The Queen, Guillemette v.	356
		The Queen, Hawkshaw v.	668
P		The Queen, Mezzo v.	802
Paul v. Paul	306	The Queen, Mills v.	863
Pelletier, Brossard (City of) v.	53	The Queen, Morozuk v.	31
Perrie, Martin v.	41	The Queen, Vézina and Côté v.	2
R		V	
R. v. Hill	313	Valois, R. v.	278
		Vézina and Côté v. The Queen	2
W			
		Wynn's Canada, Ltd., Hillis Oil and Sales Ltd. v. ...	57

TABLE DES JUGEMENTS

	PAGE		PAGE
A		Dubois c. La Reine	366
Association des consommateurs du Canada <i>et autres</i> , Bell Canada c.	190	F	
Association of Parents for Fairness in Education <i>et autres</i> , Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. <i>et autre</i> c.	549	Farquharson c. La Reine.....	703
		Fleming (succession Gombosh) c. La Reine	415
B		G	
B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.	228	Gagnon c. La Reine.....	264
Baie-James (Municipalité de la), Gendron c.	401	Gendron c. Baie-James (Municipalité de la)	401
Bell Canada c. Association des consommateurs du Canada <i>et autres</i>	190	Golden <i>et autres</i> , La Reine c.	209
Bellerose <i>et autres</i> c. Procureur général du Québec	55	Guillemette c. La Reine	356
Bilodeau c. Procureur général du Manitoba <i>et autres</i>	449	H	
Boucher c. La Reine	750	H.W. Liebig & Co. c. Leading Investments Ltd. ...	70
Brossard (Ville de) c. Pelletier	53	Hawkshaw c. La Reine.....	668
		Hill, R. c.	313
C		Hillis Oil and Sales Ltd. c. Wynn's Canada, Ltd. ..	57
C.T.C. Mortgage Corp., Nelson <i>et autres</i> c.	749	Hofstrand Farms Ltd., B.D.C. Ltd. c.	228
Canadian Pacific Ltée c. Procureur général du Canada.....	678	I	
Canning c. La Reine.....	991	ITO—International Terminal Operators Ltd. c.	
Carter c. La Reine.....	981	Miida Electronics Inc. <i>et autre</i>	752
Clarkson c. La Reine.....	383	L	
Cook c. La Reine	144	La Reine c. Golden <i>et autres</i>	209
D		La Reine c. Oakes.....	103
Daoust c. La Reine.....	248	La Reine, Boucher c.	750
Derrickson c. Derrickson.....	285	La Reine, Canning c.	991
Di Pietro <i>et autre</i> c. La Reine	250	La Reine, Carter c.	981
Dube c. Labar	649	La Reine, Clarkson c.	383

	PAGE		PAGE
La Reine, Cook c.	144	Procureur général du Canada, Canadian Pacific Ltée c.	678
La Reine, Daoust c.	248	Procureur général du Manitoba <i>et autres</i> , Bilo- deau c.	449
La Reine, Di Pietro <i>et autre</i> c.	250	Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation <i>et autres</i>	732
La Reine, Dubois c.	366	Procureur général du Québec, Bellerose <i>et autres</i> c.	55
La Reine, Farquharson c.	703		
La Reine, Fleming (succession Gombosh) c.	415	R	
La Reine, Gagnon c.	264	R. c. Hill	313
La Reine, Guillemette c.	356	R. c. Landry	145
La Reine, Hawkshaw c.	668	R. c. Valois	278
La Reine, Mezzo c.	802	Rygos <i>et autres</i> , Nero <i>et autres</i> c.	989
La Reine, Mills c.	863		
La Reine, Morozuk c.	31	S	
La Reine, Vézina et Côté c.	2	Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. <i>et autre</i> c. Association of Parents for Fairness in Education <i>et autres</i>	549
Labar, Dube c.	649	St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)	704
Landry, R. c.	145	Syndicat canadien des travailleurs du papier (Sec- tion locale 219), St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c.	704
Leading Investments Ltd., H.W. Liebig & Co. c. ...	70		
		T	
M		Tribunal de l'expropriation <i>et autres</i> , Procureur général du Québec c.	732
MacDonald c. Ville de Montréal <i>et autres</i>	460		
Martin c. Perrie	41	V	
Mezzo c. La Reine	802	Valois, R. c.	278
Miida Electronics Inc. <i>et autre</i> , ITO—Internation- al Terminal Operators Ltd. c.	752	Vézina et Côté c. La Reine	2
Mills c. La Reine	863		
Montréal (Ville de) <i>et autres</i> , MacDonald c.	460	W	
Morozuk c. La Reine	31	Wynn's Canada, Ltd., Hillis Oil and Sales Ltd. c. ...	57
N			
Nelson <i>et autres</i> c. C.T.C. Mortgage Corp.	749		
Nero <i>et autres</i> c. Rygos <i>et autres</i>	989		
O			
Oakes, La Reine c.	103		
P			
Paul c. Paul	306		
Pelletier, Brossard (Ville de) c.	53		
Perrie, Martin c.	41		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
A		
ACL Canada Inc. v. Hunter	(1983), 8 C.C.C. (3d) 190.....	883
Acadia Pulp and Paper Ltd. v. International Brotherhood of Pulp, Sulphite and Paper Mill Workers.....	(1970), 15 D.L.R. (3d) 227	714
Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith	[1933] S.C.R. 47.....	746
Adams v. United States	317 U.S. 269 (1942)	395
Adcock v. Archibald	[1925] J.C. 58	22
Aimonetti and The Queen, Re.....	(1981), 58 C.C.C. (2d) 164.....	422
Air Canada v. Joyal.....	[1982] C.A. 39, 134 D.L.R. (3d) 410.....	615
Alberta Board of Industrial Relations v. Stedelbauer Chevrolet Old- smobile Ltd.	[1969] S.C.R. 137.....	373
Alderslade v. Hendon Laundry, Ltd.....	[1945] K.B. 189	794
Alex Duff Realty Ltd. v. Eaglecrest Holdings Ltd.	(1983), 44 A.R. 67, 146 D.L.R. (3d) 731	69, 80
Anns v. Merton London Borough Council.....	[1978] A.C. 728	232, 246
Anson and The Queen, Re	(1983), 146 D.L.R. (3d) 661	128, 883
Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"	[1977] 2 S.C.R. 422	896
Armand v. Carr	[1927] S.C.R. 348.....	203
Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation	[1979] 1 S.C.R. 633	243
Ashby v. White.....	(1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126	971
Asselin v. Travailleurs amalgamés du vêtement et du textile, local 1838.....	[1985] T.T. 74.....	410
Associated Metals and Minerals Corp. v. The "Evie W"	[1978] 2 F.C. 710	779
Association des employés civils v. Minister of National Revenue	NR 1168, March 29, 1983.....	685, 699
Association des Gens de l'Air du Québec Inc. v. Lang.....	[1977] 2 F.C. 22.....	616
Attorney General (Que.) v. Cohen.....	[1979] 2 S.C.R. 305	370
Attorney-General for Ontario v. Attorney- General for Canada	[1912] A.C. 571	542
Attorney General of British Columbia v. Craig Prov. J.....	(1983), 36 C.R. (3d) 346	945
Attorney General of Canada v. Matador Inc.	[1980] 2 F.C. 703	220
Attorney General of Canada v. Weaver	[1976] 1 F.C. 423	272
Attorney General of Manitoba v. Forest	[1979] 2 S.C.R. 1032	453
Attorney General of Ontario v. Reale.....	[1975] 2 S.C.R. 624	498, 621
Attorney General of Quebec v. Blaikie.....	[1979] 2 S.C.R. 1016... 468, 482, 505, 562, 623	623
Attorney General of Quebec v. Blaikie.....	[1981] 1 S.C.R. 312	482, 502, 562, 623

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards.....	[1984] 2 S.C.R. 66.....	882
B		
B.C. Motor Vehicle Act, Re.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	119, 560
Bank of Nova Scotia and The Queen, Re.....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 165.....	888
Bank of Nova Scotia v. Brown.....	(1967), 40 N.B.R. (2d) 245.....	604
Bank of Nova Scotia, Re.....	Unreported.....	883
Barker v. Wingo.....	407 U.S. 514 (1972).....	974
Barracough v. Brown.....	[1897] A.C. 615.....	724
Bater v. Bater.....	[1950] 2 All E.R. 458.....	137
Bedder v. Director of Public Prosecutions.....	[1954] 1 W.L.R. 1119.....	326, 344
Bell Canada and Telecom. Decision CRTC 79-5 (Re).....	[1982] 2 F.C. 681.....	202
Bellechasse Hospital v. Pilotte.....	[1975] 2 S.C.R. 454.....	746
Belyea v. The King.....	[1932] S.C.R. 279.....	914
Bergeron v. Kingsway Transports Ltd.	(1979), 23 O.R. (2d) 332.....	714
Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority.....	[1978] 1 F.C. 464, 79 D.L.R. (3d) 522.....	235
Bilodeau v. Attorney General of Manitoba.....	[1981] 5 W.W.R. 393.....	471, 541
Bilodeau v. Attorney General of Manitoba.....	[1986] 1 S.C.R. 449.....	563
Binder v. Halifax County Municipal School Board.....	(1978), 84 D.L.R. (3d) 494.....	714
Bird and Peebles and The Queen, Re.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 523.....	883, 961
Blackwoods Beverages Ltd. v. R.....	[1985] 2 W.W.R. 159.....	882
Board v. Board.....	[1919] A.C. 956.....	892
Bolduc v. Attorney General of Quebec.....	[1982] 1 S.C.R. 573.....	901
Bourne v. Otis Elevator Co.	(1984), 45 O.R. (2d) 321.....	715
Boyle and The Queen (Re).....	(1983), 41 O.R. (2d) 713.....	129
Brethour and Morris Ltd. v. Shields Construction Co. (Re).....	[1958] O.W.N. 128.....	89, 95
British Columbia Maritime Employers Assn. v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union—Canadian Area.....	[1972] 5 W.W.R. 738.....	722
Brodie v. The King.....	[1936] S.C.R. 188.....	26
Brodie v. The Queen.....	[1962] S.C.R. 681.....	674
Brown v. Helvering.....	291 U.S. 193 (1934).....	274
Burgess v. The Queen.....	(1975), 18 Cr.L.Q. 254.....	426
Bushwick-Decatur Motors v. Ford Motor Co.	116 F.2d 675 (1940).....	67
C		
C and S Realties of Ottawa Ltd. v. McCutcheon.....	(1978), 84 D.L.R. (3d) 584, 19 O.R. (2d) 247.....	83, 101
C. C. Hauff Hardware, Inc. v. Long Mfg. Co.	19 ALR3d 191 (Iowa 1965).....	67
Caines v. Cape Breton Development Corp.	(1973), 39 D.L.R. (3d) 606.....	715
Cairns v. Cairns.....	[1931] 4 D.L.R. 819.....	603
Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad".....	(1976), 11 ALR 227.....	235
Campbell v. East-West Packers (1969) Ltd.....	(1982), 142 D.L.R. (3d) 90.....	715
Canada Steamship Lines Ltd. v. The King.....	[1952] A.C. 192.....	794
Canadian General Electric Co. v. Pickford & Black Ltd.....	[1971] S.C.R. 41.....	784
Canadian Javelin Ltd. (Dans l'affaire de): Plam c. Sparling.....	[1979] C.S. 465.....	896

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon	[1984] 1 S.C.R. 509	403
Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General for Canada.....	(1985), 49 O.R. (2d) 557	883
Canadian Propane Gas & Oil Ltd. v. Minister of National Revenue.	73 DTC 5019.....	222
Candler v. Crane Christmas & Co.....	[1951] 1 All E.R. 426.....	238
Car & General Insurance Corp. v. Seymour.....	[1956] S.C.R. 322.....	657
Cardinal v. Attorney General of Alberta.....	[1974] S.C.R. 695.....	292
Carnley v. Cochran.....	369 U.S. 506 (1962).....	930
Carsted v. Gass.....	(1980), 116 D.L.R. (3d) 550	85
Chin v. Jacobs	[1972] 2 O.R. 54.....	69
Christie Owen & Davies Ltd. v. Rapacioli.....	[1974] 1 Q.B. 781.....	82, 99
City of Kamloops v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2.....	246
Close v. Globe & Mail Ltd.	(1966), 60 D.L.R. (2d) 105	714
Colet v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 2.....	157, 177
Collins and The Queen, Re.....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 377.....	430
Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez.....	[1973] F.C. 1206.....	815, 851
Conroy and The Queen, Re.....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 501.....	885
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888.....	66
Copeland v. Wedlock	(1905), 6 O.W.R. 539.....	87
Cornwall Gravel Co. v. Purolator Courier Ltd.	(1978), 83 D.L.R. (3d) 267	245
County Court of Ulster County, New York v. Allen.....	442 U.S. 140 (1979).....	130
Craib v. Canadian Pacific Ltd.....	(1984), 85 CLLC.....	413
"Cuba" (The) v. McMillan.....	(1896), 26 S.C.R. 651	776
Curtis v. Sheffield	(1882), 21 Ch. D. 1.....	600

D

Davis v. Russell	(1829), 5 Bing. 355, 130 E.R. 1098	171
De Lovio v. Boit	(1815), 2 Gall. 398.....	773
Dechow v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 951	671
Dedman v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 2.....	160, 167
Dennis Reed, Ltd. v. Goody	[1950] 2 K.B. 277.....	79, 99
Derrickson v. Derrickson.....	[1986] 1 S.C.R. 285.....	309
Deweer case.....	Eur. Court H.R., judgment of February 1980, Series A No. 35.....	946
Dick v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 309.....	297
Dickey v. Florida.....	398 U.S. 30 (1970)	921
Dilworth v. Commissioner of Stamps.....	[1899] A.C. 99.....	688
Director of Public Prosecutions v. Camplin.....	[1978] A.C. 705.....	322, 335, 345, 354
Domestic Converters Corp. v. Arctic Steamship Line.....	[1984] 1 F.C. 211, 46 N.R. 195	764
Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd.....	[1971] 3 O.R. 627.....	235
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562.....	234
Dorset Yacht Co. v. Home Office.....	[1970] A.C. 1004.....	234
Downey v. Scotia Square Hotel Ltd.....	(1974), 55 D.L.R. (3d) 300	715
Doyle v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 597.....	374
Drogt v. Robson-Lang Leathers Ltd.....	[1971] 3 O.R. 488.....	719
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350.....	121
DuMoulin v. Langtry.....	(1886), 13 S.C.R. 258.....	599

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Duncan v. Louisiana	391 U.S. 145 (1968)	922
E		
Eastwood (Re).....	[1974] 3 All E.R. 603.....	203
Eccles v. Bourque.....	[1975] 2 S.C.R. 739.....	155, 165, 174
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124.....	940
Eid v. Dumas.....	[1969] S.C.R. 668.....	657
Ellesmere (Earl) v. Wallace.....	[1929] 2 Ch. 1.....	259
Elliott v. The Queen.....	[1978] 2 S.C.R. 393.....	35
Ernewein v. Minister of Employment and Immigration	[1980] 1 S.C.R. 639.....	472, 506, 607
F		
Feeley v. The Queen.....	[1953] 1 S.C.R. 59.....	815
Finnigan v. Sandiford.....	[1981] 2 All E.R. 267.....	163, 189
Foisy v. Bell Canada.....	(1984), 18 D.L.R. (4th) 222, [1984] C.S. 1164.....	714
Ford v. Trustees of the Ottawa Civic Hospital.....	[1973] 3 O.R. 437.....	714
Forest v. Registrar of Court of Appeal of Manitoba.....	[1977] 5 W.W.R. 347.....	486
Forsythe v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 268.....	370, 545
Fraser v. The King.....	[1936] S.C.R. 296.....	840
Fussel v. Dowding.....	(1884), 27 Ch. D. 237.....	600
G		
Gagnon v. The Queen.....	[1981] 1 F.C. 249.....	266
Genaille and The Queen, Re.....	(1983), 6 C.C.C. (3d) 440.....	883
General Motors of Canada Ltd. v. Brunet.....	[1977] 2 S.C.R. 537.....	713
Gillespie Brothers & Co. v. Roy Bowles Transport Ltd.....	[1973] 1 All E.R. 193.....	795
Girvin v. The King.....	(1911), 45 S.C.R. 167.....	839
Gittens, In re.....	[1983] 1 F.C. 152.....	885
Gladstone v. Catena.....	[1948] 2 D.L.R. 483, O.R. 182.....	84, 92
Global Communications Ltd. and Attorney-General of Canada, Re.....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 346.....	892
Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen.....	[1956] S.C.R. 303.....	442
Government of the Republic of Italy v. Piperno.....	[1982] 1 S.C.R. 320.....	901
Great Western Railway Co. v. Helps.....	[1918] A.C. 141.....	684, 695
Green, Michaels & Associates Ltd. and Public Utilities Board, Re.....	(1979), 94 D.L.R. (3d) 641.....	205
Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie.....	[1980] 2 S.C.R. 228.....	784
Grinnell Co. of Canada Ltd. v. Warren.....	[1937] S.C.R. 353.....	663
Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1977] 1 S.C.R. 271.....	46, 742
Gwynne v. Edwards.....	(1845), 9 Beav. 22.....	596
Gypsum Carrier Inc. v. The Queen.....	[1978] 1 F.C. 147, 78 D.L.R. (3d) 175.....	235
H		
Hadley v. Baxendale.....	(1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145.....	244
Haig v. Bamford.....	[1977] 1 S.C.R. 466.....	236

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Hamilton Street Railway Co. v. Northcott	[1967] S.C.R. 3	714
Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.	[1963] S.C.R. 154	138
Hardy v. Motor Insurers' Bureau	[1964] 2 All E.R. 742	446
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561	381, 894
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.	[1963] 2 All E.R. 575	234
Henderson and Township of West Nissouri, Re	(1911), 23 O.L.R. 651	600
Hicks and The Queen, Re	(1977), 36 C.C.C. (2d) 91	428
Hines v. Anchor Motor Freight	424 U.S. 554 (1976)	411
Hodge's Case	(1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136	811
Hogan v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 574	392
Hollier v. Rambler Motors (AMC) Ltd.	[1972] 1 All E.R. 399	795
Holme v. Guy	(1877), 5 Ch. D. 901	524
Hooper v. Wellington County Board of Education	(1984), 46 O.R. (2d) 680	714
Horvath v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 376	391
Howe Sound Co. v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663	[1962] S.C.R. 318	721
Howell and Howell v. Kenton Agencies Ltd.	[1953] O.W.N. 248	95
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	134, 515, 560, 917
Hussey and Attorney-General for Ontario, Re	(1984), 13 C.C.C. (3d) 81	885

I

Ibrahim v. The King	[1914] A.C. 599	390
Inchbald v. Western Neilgherry Coffee, Tea and Cinchona Planta- tion Co.	(1864), 17 C.B. (N.S.) 733, 144 E.R. 293	81
International Brotherhood of Electrical Engineers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange	[1967] S.C.R. 628	708
International Longshoremen's Association, Locals 273, 1039, 1764 v. Maritime Employers' Association	[1979] 1 S.C.R. 120	721
International Nickel Co. of Canada and Rivando, Re	[1956] O.R. 379	721

J

James v. Smith	[1931] 2 K.B. 317 <i>n</i>	85
James v. United States	366 U.S. 213 (1961)	275
Jamieson v. Harris	(1905), 35 S.C.R. 625	663
Jaques v. Lloyd D. George & Partners Ltd.	[1968] 1 W.L.R. 625	82
John v. The Queen	[1971] S.C.R. 781	811
John Semeniuk	(1981), 45 di 258	413
Jones v. Attorney General of New Brunswick	[1975] 2 S.C.R. 182	494, 521, 561, 579, 619
Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.	[1982] 3 All E.R. 201	240

K

Kearley v. Wiley	[1931] 3 D.L.R. 68	49
Kellogg Co. v. Kellogg	[1941] S.C.R. 242	781
Kendall and The Queen, Re	(1982), 2 C.C.C. (3d) 224	883

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Kenneth B.S. Robertson Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1944] Ex. C.R. 170	273
Khan v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 62.....	55
Klopfcr v. North Carolina.....	386 U.S. 213 (1967)	923
Korponay v. Attorney General of Canada.....	[1982] 1 S.C.R. 41	394, 927
Kott and The Queen, Re	(1983), 7 C.C.C. (3d) 317.....	924
Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto, Re	(1982), 67 C.C.C. (2d) 193.....	885
Krakowski and The Queen, Re.....	(1983), 4 C.C.C. (3d) 188.....	895

L

Lake v. The Queen.....	[1969] S.C.R. 49.....	39
Lamberti and Didkowski, Re.....	(1983), 26 Sask. R. 213.....	888
Lamport & Holt Lines Ltd. v. Coubro & Scrutton (M.& I.) Ltd., (The "Raphael").....	[1982] 2 Lloyd's Rep. 42.....	795
Lane v. Esdaile.....	[1891] A.C. 210.....	606
Langlois v. Telecommunications Workers Union	Unreported	413
Largie v. R.....	(1982), 25 C.R. (3d) 289	422
Laurendeau and The Queen, Re.....	(1983), 9 C.C.C. (3d) 206	883, 962
Lavoie v. The Queen.....	[1977] 1 S.C.R. 193	811, 843
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357.....	134, 560, 940
Lawn v. Algonquin College of Applied Arts and Technology	(1982), 39 O.R. (2d) 377	715
Lawrie v. Muir	[1950] S.C. 19.....	392
Leary v. United States.....	395 U.S. 6 (1969)	130
Lee (John) & Son (Grantham), Ltd. v. Railway Executive	[1949] 2 All E.R. 581	69
Legal Services Society and Brahan, Re	(1983), 5 C.C.C. (3d) 404.....	885
Lehnert v. Stein.....	[1963] S.C.R. 38	657, 665
Libman v. Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 178.....	20
Lockwood v. Cooper	[1903] 2 K.B. 428	259
Logan v. Board of School Trustees District No. 14.....	(1973), 40 D.L.R. (3d) 152	714
Loveridge v. Cooper.....	[1959] O.W.N. 81, 18 D.L.R. (2d) 337	79, 91, 101
Lucio Samperi.....	(1982), 49 di 40.....	412
Luxor (Eastbourne), Ld. v. Cooper.....	[1941] A.C. 108.....	79, 99
Lyons v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 633	160, 166, 167, 177

M

MacDonald v. City of Montreal.....	[1986] 1 S.C.R. 460	455, 458, 563, 571, 609
MacDonald c. Ville de Montréal.....	[1982] C.S. 998.....	470
MacMillan Bloedel Ltd. v. Canadian Stevedoring Co.	[1969] 2 Ex. C.R. 375	771
Madras Irrigation and Canal Co.; Wood v. Madras Irrigation and Canal Co., Re.....	(1883), 23 Ch. D. 248.....	597
Manchester Economic Building Society, Re	(1883), 24 Ch. D. 488.....	602
Manchuk v. The King.....	[1938] S.C.R. 341.....	120
Mancini v. Director of Public Prosecutions.....	[1942] A.C. 1.....	325, 342
Manitoba Language Rights (Orders), Re	[1985] 2 S.C.R. 347	458
Marbury v. Madison.....	5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)	542
Marcoux v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 763	831

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Markham, Re	(1880), 16 Ch. D. 1	598
Martin v. Perry and Daw	[1931] 2 K.B. 310	85
Martin-Baker Aircraft Co. v. Canadian Flight Equipment, Ltd.	[1955] 2 All E.R. 722	67
Martin, Simard and Desjardins and The Queen, Re	(1977), 20 O.R. (2d) 455	375
Maxwell v. Murphy	(1957), 96 C.L.R. 261	47
McCaffery and The Queen, Re	(1982), 2 C.C.C. (3d) 224	883
McCallum v. Hicks	[1950] 2 K.B. 271	99
McCannell v. McLean	[1937] S.C.R. 341	663
McClelland and Stewart Ltd. v. Mutual Life Assurance Co. of Canada	[1981] 2 S.C.R. 6	66
McCollom v. Wrightson	[1968] A.C. 522	260
McDonald v. Lane	(1882), 7 S.C.R. 462	445
McEllistrum v. Etches	[1956] S.C.R. 787	349
McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough	[1976] 1 S.C.R. 718	711
McHale v. Watson	(1966), 115 C.L.R. 199	351
McKenna v. The Queen	[1961] S.C.R. 660	389
McLoughlin v. Kutasy	[1979] 2 S.C.R. 311	663
McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 654	766
Mercure v. Attorney General of Saskatchewan	[1986] 2 W.W.R. 1	538, 560
Metropolitan Railway Co. v. Jackson	(1877), 3 App. Cas. 193	838
Meunier v. The Queen	(1965), 48 C.R. 14	9
Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.	[1962] A.C. 446	783
Milhomme v. Dubé	[1984] C.A. 1	411
Miller v. Decker	[1957] S.C.R. 624	657
Miller v. The Queen	[1970] S.C.R. 214	628
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	985
Minister of Home Affairs v. Fisher	[1979] 3 All E.R. 21	538
Minister of National Health and Welfare v. Medd	[1983] 6 W.W.R. 304	434
Minister of National Revenue v. Hastie	[1974] 1 F.C. 117	276
Minister of National Revenue v. Leon	[1977] 1 F.C. 249	226
Minor v. United States	375 F.2d 170 (1967)	395
Mitchell and Maynes and The Queen, Re	(1976), 31 C.C.C. (2d) 344	379
Mitchell and The Queen, Re	(1983), 6 C.C.C. (3d) 193	885
Montréal (Ville de) v. Walsh	Unreported	472
Morris v. Beardmore	[1980] 2 All E.R. 753	162, 189
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	300
Murray v. Saskatoon (No. 2)	(1951), 4 W.W.R. 234	98

N

National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.	[1964] S.C.R. 144	778
New Brunswick Electric Power Commission v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 1733	(1978), 22 N.B.R. (2d) 364	722
New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The "Eurymedon")	[1975] A.C. 154	784
Newfoundland & Labrador Hydro v. Newfoundland & Labrador Federation of Municipalities	(1979), 65 A.P.R. 317, 24 Nfld. & P.E.I.R. 317	206

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	514
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1981] 1 S.C.R. 92	472, 507
Nicols and The Queen, Re	(1977), 20 O.R. (2d) 455	375
Nigro v. Wilson	[1924] N.Z.L.R. 834	84
Nocton v. Lord Ashburton	[1914] A.C. 932	238
Northern Engineering & Dev. Co. v. Philip	[1930] 3 D.L.R. 387	204
O		
Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor	[1981] A.C. 648	128
P		
Padstow Total Loss and Collision Assurance Association, Re	(1882), 20 Ch. D. 137	595
Paper Sales Corporation Ltd. v. Miller Bros. Co. (1962) Ltd.	(1975), 55 D.L.R. (3d) 492	67
Paquette v. R. in Right of Canada	[1985] 6 W.W.R. 594	560, 634
Parnerkar v. The Queen	[1974] S.C.R. 449	344
Patterson v. The Queen	[1970] S.C.R. 409	370
Pattyson and The Queen, Re	(1984), 13 C.C.C. (3d) 477	885
Paul v. The Queen	[1960] S.C.R. 452	503
Payton v. New York	445 U.S. 573 (1980)	168
Penn v. Spiers & Pond Ltd	[1908] 1 K.B. 766	684, 695
Perini Pacific Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 115	(1961), 28 D.L.R. (2d) 727	720
Petersen v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 493	380
Pfunders Case (Austria v. Italy)	(1963), 6 Yearbook E.C.H.R. 740	131
Phillips and Phillips v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 161	55
Poirier and The Queen, Re	(1981), 62 C.C.C. (2d) 452	377
Potma and The Queen, Re	(1982), 67 C.C.C. (2d) 19	877
Potma and The Queen, Re	(1983), 2 C.C.C. (3d) 383	546
Prickett v. Badger	(1856), 1 C.B. 296, 140 E.R. 123	85
Procureur général du Québec v. Archambault	Unreported	736
Pronek v. Winnipeg, Selkirk and Lake Winnipeg Railway Co.	[1933] A.C. 61	663
Public Prosecutor v. Yuvaraj	[1970] 2 W.L.R. 226	118
Q		
Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.	[1977] 2 S.C.R. 1054	766
R		
R. (Hanna) v. Ministry of Health and Local Government	[1966] N.I. 52	379
R. and Thornton v. Century Helicopters Inc.	(1983), 51 A.R. 395	883
R. v. Adduono	(1940), 73 C.C.C. 152	25
R. v. Aimonetti	(1985), 19 C.C.C. (3d) 481	443
R. v. Antoine	(1983), 5 C.C.C. (3d) 97	915

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Appleby.....	[1972] S.C.R. 303.....	117, 441
R. v. Ashton.....	(1852), 1 E. & B. 286.....	259
R. v. Atfield.....	(1983), 42 A.R. 294.....	853
R. v. Atwood and Robbins.....	(1788), 1 Leach 464, 168 E.R. 334.....	837
R. v. Babcock and Auld.....	[1967] 2 C.C.C. 235.....	114
R. v. Bagshaw.....	[1972] S.C.R. 2.....	445
R. v. Baker.....	Unreported.....	886
R. v. Bank of Nova Scotia.....	Unreported.....	888
R. v. Barrett.....	(1980), 54 C.C.C. (2d) 75.....	33
R. v. Belcourt.....	(1982), 69 C.C.C. (2d) 286.....	944
R. v. Belton.....	(1982), 3 C.C.C. (3d) 427.....	882
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	119, 524, 560, 882
R. v. Boron.....	(1983), 36 C.R. (3d) 329.....	944
R. v. Burns.....	(1982), 2 C.C.C. (3d) 283.....	892
R. v. Burnshine.....	[1975] 1 S.C.R. 693.....	349
R. v. Cameron.....	(1983), 3 C.C.C. (3d) 496.....	883
R. v. Carroll.....	(1983), 147 D.L.R. (3d) 92.....	116
R. v. Chabot.....	[1980] 2 S.C.R. 985.....	945
R. v. City of Sault Ste. Marie.....	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	120
R. v. Clark.....	(1974), 22 C.C.C. (2d) 1.....	330
R. v. Coleman.....	Unreported.....	888
R. v. Comba.....	[1938] S.C.R. 396.....	809, 835, 850
R. v. Cook.....	(1983), 4 C.C.C. (3d) 419.....	116
R. v. Cooper.....	[1978] 1 S.C.R. 860.....	14, 843
R. v. Coote.....	(1903), 8 C.C.C. 199.....	28
R. v. Cranston.....	(1983), 55 N.S.R. (2d) 376.....	882
R. v. Crate.....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 127.....	883
R. v. Custer.....	[1984] 4 W.W.R. 133.....	177
R. v. Dahlem.....	(1983), 25 Sask. R. 10.....	943
R. v. Daniels.....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 542.....	330, 343
R. v. Dennis, Kubin and Frank.....	(1984), 14 D.L.R. (4th) 205.....	924
R. v. Dezwirek.....	(1983), 4 C.C.C. (3d) 69.....	886
R. v. Dowsey.....	(1866), 6 N.S.R. 93.....	838
R. v. Doyle.....	(1887), 12 O.R. 347.....	392
R. v. Drybones.....	[1970] S.C.R. 282.....	349
R. v. Duhamel.....	[1981] 1 W.W.R. 22.....	809, 835, 853
R. v. Elliott.....	[1976] 4 W.W.R. 285.....	26
R. v. Engel.....	(1981), 9 Man. R. (2d) 279.....	826
R. v. Erdman.....	(1971), 24 C.R.N.S. 216.....	117
R. v. Erickson.....	[1984] 5 W.W.R. 577.....	884
R. v. Faryna.....	(1982), 18 Man. R. (2d) 185.....	826, 859
R. v. Fenton.....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 109.....	14
R. v. Fraser.....	(1982), 138 D.L.R. (3d) 488.....	117
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	509
R. v. Germain.....	(1984), 53 A.R. 264.....	885
R. v. Greene.....	(1962), 133 C.C.C. 294.....	27
R. v. Grimba.....	(1980), 56 C.C.C. (2d) 570.....	8
R. v. H. W. Corkum Construction Co.....	(1983), 57 N.S.R. (2d) 241.....	943

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
R. v. Hayward	(1833), 6 C. & P. 157	323
R. v. Heaslip	(1983), 36 C.R. (3d) 309	914
R. v. Hertrich, Stewart and Skinner	(1982), 67 C.C.C. (2d) 510	8
R. v. Hicklin	(1868), L.R. 3 Q.B. 360	671
R. v. Hill	(1982), 2 C.C.C. (3d) 394	330
R. v. Holmes	(1983), 41 O.R. (2d) 250	129
R. v. Hubbard	[1976] 3 W.W.R. 152	379
R. v. Ireland	(1970), 126 C.L.R. 321	392
R. v. Irwin	(1982), 1 C.C.C. (3d) 212	254
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	900
R. v. Joseph	(1900), 6 C.C.C. 144	511
R. v. Keshane	(1974), 20 C.C.C. (2d) 542	281
R. v. Knox	[1968] 2 C.C.C. 348	842
R. v. Kohler	(1984), 5 O.A.C. 317	883
R. v. Kowalczyk	(1983), 5 C.C.C. (3d) 25	129
R. v. Kramer	Unreported	888
R. v. Kupczyniski	Unreported	117
R. v. Kyling	[1970] S.C.R. 953	811
R. v. Land	(1981), 60 C.C.C. (2d) 118	35
R. v. Landry	[1983] C.A. 408, 7 C.C.C. (3d) 555	116
R. v. Lee's Poultry Ltd.	(1985), 17 C.C.C. 539	129
R. v. Lefort	(1984), 12 C.C.C. (3d) 332	944
R. v. Lesbini	(1914), 11 Cr. App. R. 7	325, 342
R. v. Little and Wolski	(1973), 14 C.C.C. (2d) 531	27
R. v. Lloyd	(1890), 19 O.R. 352	839
R. v. M.	(1982), 70 C.C.C. (2d) 123	885
R. v. MacLean and MacLean	(1981), 58 C.C.C. (2d) 318	28
R. v. MacLean	(1979), 49 C.C.C. (2d) 552	750
R. v. Malloney's Studio Ltd.	[1979] 2 S.C.R. 326	212, 222
R. v. McCarthy	[1954] 2 Q.B. 105	333
R. v. McCormick	Unreported	674
R. v. Meloche	[1970] 3 O.R. 798	445
R. v. Mercure	[1981] 4 W.W.R. 435	632
R. v. Mitchell	[1964] S.C.R. 471	14
R. v. Modenese	(1962), 38 C.R. 45	674
R. v. Molina	(1985), 7 O.A.C. 235	431
R. v. Morabito	[1949] S.C.R. 172	810, 838
R. v. Morgentaler	(1984), 41 C.R. (3d) 262	883, 959
R. v. Munster	(1960), 34 C.R. 47	674
R. v. Nat Bell Liquors, Ltd.	[1922] 2 A.C. 128	373
R. v. Norgren	(1975), 27 C.C.C. (2d) 488	375
R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal. Ex parte Shaw	[1952] 1 K.B. 338	373
R. v. O'Connor	[1963] 1 C.C.C. 229	28
R. v. O'Day	(1983), 5 C.C.C. (3d) 227	116
R. v. Olan	[1978] 2 S.C.R. 1175	18
R. v. Paquette	(1977), 42 C.C.C. (2d) 57	281
R. v. Parnerkar	(1971), 5 C.C.C. (2d) 11	330, 344

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Paul	[1977] 1 S.C.R. 181	81, 843
R. v. Perry	(1984), 14 C.C.C. (3d) 5	924
R. v. Petrovic	(1984), 47 O.R. (2d) 97	883
R. v. Phillips	[1949] N.Z.L.R. 316	390
R. v. Rawlyk	(1972), 20 C.R.N.S. 188	35
R. v. Red Hot Video Ltd.	(1983), 6 C.C.C. (3d) 331	884
R. v. Richardson	(1984), 56 N.B.R. (2d) 172	972
R. v. Riddle	[1980] 1 S.C.R. 380	380
R. v. Ritter	[1984] 2 W.W.R. 623	883
R. v. Roberts	[1976] 3 All E.R. 549	807
R. v. Robinson	[1951] S.C.R. 522	429
R. v. S. B.	[1983] 1 W.W.R. 512	892
R. v. Santinon	(1973), 11 C.C.C. (2d) 121	389
R. v. Sawrenko	(1971), 4 C.C.C. (2d) 338	842
R. v. Schell	(1973), 13 C.C.C. (2d) 342	674
R. v. Schwartz	(1983), 10 C.C.C. (3d) 34	129
R. v. Sensenstein	(1983), 2 C.R.R. 296	888
R. v. Sharpe	(1961), 131 C.C.C. 75	117
R. v. Shelley	[1981] 2 S.C.R. 196	111
R. v. Silk	[1970] 3 C.C.C. (2d) 1	117
R. v. Simard	(1980), 55 C.C.C. (2d) 306	28
R. v. Simpson (No. 2)	(1981), 58 C.C.C. (2d) 122	826
R. v. Smierciak	(1946), 87 C.C.C. 175	824, 859
R. v. Smith	(1975), 12 N.S.R. (2d) 289	826
R. v. Spatola	[1970] 4 C.C.C. 241	853
R. v. Stanger	(1983), 7 C.C.C. (3d) 337	116
R. v. Stenning	[1970] S.C.R. 631	174
R. v. Stock	(1983), 10 C.C.C. (3d) 319	126
R. v. Sutton	[1970] 2 O.R. 358	826, 853
R. v. T.	(1985), 18 C.C.C. (3d) 125	129
R. v. Talon	(1945), 5 R. du B. 201	528
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	124, 394, 946
R. v. Therrien	(1982), 67 C.C.C. (2d) 31	117
R. v. Tremblay	(1985), 20 C.C.C. (3d) 454	560, 634
R. v. Tso Tung Quan	(1984), 9 C.R.R. 375	885
R. v. Tupper	(1976), 32 C.C.C. (2d) 529	436
R. v. Turnbull	[1976] 3 All E.R. 549	807, 835, 853
R. v. Vermette (No. 4)	(1982), 1 C.C.C. (3d) 477	892
R. v. Welsh	(1869), 11 Cox C.C. 336	323
R. v. Whitby	[1976] 3 All E.R. 549	807
R. v. Whyte	(1983), 10 C.C.C. (3d) 277	129
R. v. Wilkes	(1930), 55 C.C.C. 1	259
R. v. Williams	[1959] N.Z.L.R. 502	390
R. v. Wilmot	[1941] S.C.R. 53	361
R. v. Wilson	(1982), 37 A.R. 170	886
R. v. Wines	(1953), 37 Cr. Rep. 197	22
R. v. Wray	[1971] S.C.R. 272	392, 834
R. v. Young	(1984), 13 C.C.C. (3d) 1	944

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. L. Crain Inc. v. Couture.....	(1983), 6 D.L.R. (4th) 478	883
Rahey and The Queen, Re.....	(1984), 13 C.C.C. (3d) 297	885, 892
Ramm v. Cooper.....	[1955] O.W.N. 525	88, 100
Rapistan Canada Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1974] 1 F.C. 739, aff'd [1976] 1 S.C.R. vi.....	222
Red Lake (Twp.) v. Drawson.....	[1964] 1 O.R. 324.....	69
Reference re Industrial Relations and Disputes Act	[1955] S.C.R. 529.....	775
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721	459, 524, 562, 623
Regina and Beason, Re.....	(1983), 7 C.C.C. (3d) 20.....	901
Regina and Blaney, Re.....	(1979), 50 C.C.C. (2d) 395.....	432
Regina and Brooks, Re.....	(1982), 1 C.C.C. (3d) 506.....	885
Regina and Buxton, Re.....	(1981), 62 C.C.C. (2d) 278.....	434
Regina and Carter, Re.....	(1983), 9 C.C.C. (3d) 173.....	944
Regina and Henry, Re.....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 404.....	885
Regina and Morrison, Re.....	(1984), 47 O.R. 185.....	888
Regina and Thompson, Re.....	(1983), 8 C.C.C. (3d) 127.....	886
Rickard v. The Queen.....	[1970] S.C.R. 1022.....	361
Ridge v. Baldwin.....	[1964] A.C. 40.....	545
Ritter and The Queen, Re.....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 123.....	962
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works.....	[1974] S.C.R. 1189.....	239
Robar and The Queen, Re.....	(1978), 42 C.C.C. (2d) 133.....	377
Roberts v. The King.....	[1931] S.C.R. 417.....	260
Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106.....	[1982] 2 S.C.R. 888	721
Robin v. Collège de Saint-Boniface.....	(1984), 30 Man. R. (2d) 50.....	560, 635
Robinson v. Local Board of Barton-Eccles.....	(1883), 8 App. Cas. 798	688
Roper v. Minister of National Revenue.....	77 DTC 5408.....	271
Rourke v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 1021	901
Royal Trust Co. v. Toronto Transportation Commission.....	[1935] S.C.R. 671	98
Rural Municipality of De Salaberry v. Robidoux.....	Unreported.....	632
Rutkin v. United States.....	343 U.S. 130 (1952)	275
Rutter v. Palmer.....	[1922] 2 K.B. 87	795
Ryan v. McGregor.....	(1925), 58 O.L.R. 213	202

S

Sadjade v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 361	498
Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. v. Industrial Union of Marine and Shipbuilding Workers, Local 3.....	(1979), 26 N.B.R. (2d) 179	722
Salamon v. The Queen	[1959] S.C.R. 404	336, 343
Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Steve- doring Pty. Ltd. (The "New York Star").....	[1980] 2 Lloyd's Rep. 317.....	787
Scotland v. Canadian Cartridge Co.	(1919), 59 S.C.R. 471	663
Seaway Hotels Ltd. v. Gragg (Canada) Ltd. and Consumers Gas Co.	(1959), 17 D.L.R. (2d) 292	235
Securities Insurance Co., Re.....	[1894] 2 Ch. 410.....	593
Seegmiller v. Western Men, Inc.	437 P.2d 892 (1968)	67

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Semayne's Case.....	(1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194.....	159, 166, 167
Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home, Re.....	(1983), 44 O.R. (2d) 392.....	885
Shank v. The KVP Co.....	[1966] 2 O.R. 847.....	714
Shaw v. City of Montreal.....	(1982), 70 C.C.C. (2d) 19.....	477
Shell Canada Ltd. v. United Oil Workers of Canada.....	[1980] 2 S.C.R. 181.....	708
Shell Oil Co. v. Marinello.....	307 A.2d 598 (1973).....	67
Siegel and The Queen, Re.....	(1982), 1 C.C.C. (3d) 253.....	877
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177.....	124
Skailles v. Blue Anchor Line Ltd.....	[1911] 1 K.B. 360.....	687
Skogman v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 93.....	370
Smith (M.J.) v. The Queen.....	[1976] 1 F.C. 196.....	426
Smith v. Smith.....	[1952] 2 S.C.R. 312.....	138
Smith v. South Wales Switchgear Ltd.....	[1978] 1 All E.R. 18.....	795
Southern Pacific Co. v. M. Botner & Sons Inc.....	[1973] R.P. 97.....	896
Sowrey v. Minister of National Health and Welfare.....	[1985] 1 W.W.R. 85.....	432
Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.....	[1972] 3 All E.R. 557.....	235
Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board.....	[1933] S.C.R. 629.....	49
State v. Fasket.....	5 Rich. (39 SCL) 255 (1851).....	939
Steelworkers v. American Mfg. Co.....	363 U.S. 564 (1960).....	725
Storgoff, In re.....	[1945] S.C.R. 526.....	962
Strunk v. United States.....	412 U.S. 434 (1973).....	947, 974
Stubart Investments Ltd. v. The Queen.....	[1984] 1 S.C.R. 536.....	214
Sura v. Minister of National Revenue.....	[1962] S.C.R. 65.....	274
Surrey (Corp.) v. Peace Arch Enterprises Ltd.....	(1970), 74 W.W.R. 380.....	291
Swales v. Cox.....	[1981] 1 All E.R. 1115.....	173
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board.....	[1984] 2 S.C.R. 412.....	407

T

Taylor v. The King.....	[1947] S.C.R. 462.....	328, 336
Taylor v. United States.....	238 F.2d 259 (1956).....	939
Teamsters Union Local 938 v. Massicotte.....	[1982] 1 S.C.R. 710.....	407
Textile Workers v. Lincoln Mills of Alabama.....	353 U.S. 448 (1957).....	724
The Queen v. Bryce.....	[1982] 2 F.C. 581.....	272
The Queen v. Canadian Vickers Ltd.....	[1978] 2 F.C. 675, 77 D.L.R. (3d) 241.....	767
The Queen v. E. & A. Leduc Ltée.....	[1955] Ex. C.R. 286.....	604
The Queen v. Fisch.....	78 DTC 6332.....	271
The Queen v. Gagnon.....	[1982] 2 F.C. 255.....	270
The Queen v. Pascoe.....	[1976] 1 F.C. 372.....	269
The Queen v. Poynton.....	72 DTC 6329.....	275
Thomas v. Sawkins.....	[1935] 2 K.B. 249.....	173
Tilden Rent-A-Car Co. v. Clendenning.....	(1978), 83 D.L.R. (3d) 400.....	80
Toronto Harbour Commissioners v. The "Robert C. Norton".....	[1964] Ex. C.R. 498.....	772
Tot v. United States.....	319 U.S. 463 (1943).....	129
Township of Nelson v. Stoneham.....	[1957] O.W.N. 109.....	95

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Transport Labour Relations v. General Truck Drivers & Helpers Union, Local No. 31	(1974), 54 D.L.R. (3d) 457	725
Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co	[1979] 2 S.C.R. 157	767
Turangan and Chui, and The Queen, Re	(1976), 32 C.C.C. (2d) 254n	962
U		
Uba and The Queen, Re	(1983), 5 C.C.C. (3d) 529	885
Ultramares Corp. v. Touche	255 N.Y. 170 (1931)	234
United States of America v. Shephard	[1977] 2 S.C.R. 1067	369, 809, 836, 849
United States v. Chase	135 F. Supp. 230 (1955)	939
United States v. Ewell	383 U.S. 116 (1966)	921, 974
United States v. MacDonald	456 U.S. 1 (1982)	925
United States v. Provoo	17 F.R.D. 183 (1955 D.C.Md.)	939
Unterreiner v. The Queen	(1980), 51 C.C.C. (2d) 373	498, 622
Upper Canada College v. Smith (F.J.)	(1921), 61 S.C.R. 413	49
V		
Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead	[1975] 2 S.C.R. 831	663
Vaughan v. Menlove	(1837), 3 Bing N.C. 468	342
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811	14
Veuillette v. The King	(1919), 58 S.C.R. 414	526, 629
Vézina and Côté v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 2	675
Victoria Laundry (Windsor) Ld. v. Newman Industries, Ld.	[1949] 2 K.B. 528	244
Von Moltke v. Gillies	332 U.S. 708 (1948)	395
W		
Walmsley v. Humenick	[1954] 2 D.L.R. 232	350
Walsh v. City of Montreal	(1980), 55 C.C.C. (2d) 299	473
Ward v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 30	390
Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg	[1971] S.C.R. 957	236
Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute	[1966] 1 Q.B. 569	235
Wenhoff case	Eur. Court H.R., judgment of 27 June 1968, Series A No. 7	931
Wigfull & Sons', Lim. Trade Mark, Re	(1918), 88 L.J. Ch. 30	604
"Winkfield" (The)	[1902] P. 42	776
Winnipeg Teachers' Association v. Winnipeg School Division No. 1 ..	[1976] 2 S.C.R. 695	708
Winship, In Re	397 U.S. 358 (1970)	131
Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Ship- builders Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 363	776
Wiretap Reference	[1984] 2 S.C.R. 697	160, 165, 167, 177
Wittingham v. Hill	(1619), Cro. Jac. 494, 79 E.R. 421	349
Woods v. Miramichi Hospital	(1966), 59 D.L.R. (2d) 290	714
Woolmington v. Director of Public Prosecutions	[1935] A.C. 462	120, 440
Wright v. The Queen	[1969] S.C.R. 335	329, 336, 343

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
X		
X against the United Kingdom.....	Appl'n No. 5124/71, Collection of Decisions, E.C.H.R., 135.....	132
Y		
Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara.....	[1983] 1 A.C. 553.....	48
Young v. Canadian Northern Ry. Co.	[1931] A.C. 83.....	724
“Yuri Maru” (The), The “Woron”.....	[1927] A.C. 906.....	769

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
Admiralty Act, 1891, 1891 (Can.), c. 29		Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	
s. 4	752	s. 83	750
Admiralty Act, 1934, 1934 (Can.), c. 31		s. 159(1)(a)	668
s. 18(1)	752	s. 159(8)	668
s. 18(2)	752	s. 179(1) "common gaming house"	250
s. 18(3)	752	"game"	250
C		s. 180(1)(b)	250
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III		s. 185	250
s. 2(f)	103	s. 188(1)	250
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 215(1)	313
s. 1	103	s. 215(2)	313
s. 7	549, 863	s. 305.1	749
s. 10(b)	383	s. 324(1)	278
s. 11(b)	863, 981	s. 326	278
s. 11(d)	103, 863, 981	s. 338	2
s. 14	549	s. 450(1)(a)	145
s. 16	549	s. 475	802
s. 17	549	s. 475(1)	366
s. 18	549	s. 510(3)	2
s. 19	549	s. 512(c)	2
s. 20	549	s. 515	2
s. 21	549	s. 529	2
s. 22	549	s. 529(4)	31
s. 24	863	s. 529(5)	31
s. 24(2)	383	s. 577	2
s. 27	549	s. 602	863
Civil Code		s. 603(1)	356
art. 1029	752	s. 605(1)(a)	356
art. 1053	752	s. 605(2)	356
Code of Civil Procedure, 1965 (Que.), c. 80		s. 613(1)(a)	356
arts. 791 to 797	732	s. 613(1)(b)(i)	31
Constitution Act, 1867		s. 613(2)	356
s. 91(24)	285	s. 613(3)	31
s. 133	449, 460, 549	s. 613(4)	356
		s. 618	356
		s. 719	863
		CRTC Telecommunications Rules of Procedure, SOR/79-554	
		s. 44(1)	190
		s. 44(6)	190

	PAGE		PAGE
E			
Expropriation Act, 1973 (Que.), c. 38		Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4	
s. 54	732	s. 53(1)	704
s. 88	732	s. 55(1)	704
s. 148	732	s. 91(1)	704
Expropriation Act, R.S.Q. 1977, c. E-24		Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225	
s. 55	732	s. 10	41
		s. 14(1)(c)	41
		Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16	
		s. 42	732
F		J	
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121		Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223	
s. 43	285	s. 36	70
s. 45	285	Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2	
ss. 48 to 55	285	s. 8(2)	549
s. 77	306		
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10		L	
s. 2	752	Labour Code, R.S.Q., c. C-27	
s. 22(1)	752	s. 47.5	401
s. 22(2)	752		
s. 42	752	M	
H		Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, No. 8	
Health Disciplines Act, 1974, 1974 (Ont.), c. 47		s. 23	449
s. 17	41	Medical Act, R.S.O. 1970, c. 268	
Highway Traffic Act, R.S.M. 1970, c. H60	449	s. 48	41
I		N	
Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63		Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1	
s. 13	209	s. 2 "marihuana"	31
s. 13(21.1)	209	"narcotic"	31
s. 56(1)(b)	264	s. 3(1)	103
s. 60(b)	264	s. 3(2)	103
s. 68	209	s. 4	31
s. 248(1) "property"	209	s. 4(1)	103
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148		s. 4(2)	103
s. 20(6)(g)	209	s. 4(3)	103
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6		s. 8	103
s. 18	285		
s. 20	285, 306		
s. 24	285		
s. 88	285, 306		

	PAGE		PAGE
s. 10	415	S	
schedule: item 3	31		
National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17		Single Convention on Narcotic Drugs, 1961	103
s. 64(2)	190	Summary Convictions Act, R.S.M. 1970, c. S230 .	449
s. 73(1)	190	Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19	
s. 73(2)	190	s. 41	460
s. 73(3)	190		
O			
Official Languages of New Brunswick Act, R.S.N.B. 1973, c. O-1			
s. 13(1)	549	U	
R			
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2		Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48	
s. 2(1)	190	s. 66	678
		s. 68	678

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A			
Acte de l'Amirauté, 1891, 1891 (Can.), chap. 29			
art. 4	752	art. 305.1	749
C			
Charte canadienne des droits et libertés		art. 324(1)	278
art. 1	103	art. 326	278
art. 7	549, 863	art. 338	2
art. 10b)	383	art. 450(1)a)	145
art. 11b)	863, 981	art. 475	802
art. 11d)	103, 863, 981	art. 475(1)	366
art. 14	549	art. 510(3)	2
art. 16	549	art. 512c)	2
art. 17	549	art. 515	2
art. 18	549	art. 529	2
art. 19	549	art. 529(4)	31
art. 20	549	art. 529(5)	31
art. 21	549	art. 577	2
art. 22	549	art. 602	863
art. 24	863	art. 603(1)	356
art. 24(2)	383	art. 605(1)a)	356
art. 27	549	art. 605(2)	356
Code civil		art. 613(1)a)	356
art. 1029	752	art. 613(1)b)(i)	31
art. 1053	752	art. 613(2)	356
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34		art. 613(3)	31
art. 83	750	art. 613(4)	356
art. 159(1)a)	668	art. 618	356
art. 159(8)	668	art. 719	863
art. 179(1) "jeu"	250	Code de procédure civile, 1965 (Qué.), chap. 80	
"maison de jeu"	250	art. 791 à 797	732
art. 180(1)b)	250	Code du travail, L.R.Q., chap. C-27	
art. 185	250	art. 47.5	401
art. 188(1)	250	Convention unique sur les stupéfiants de 1961	103
art. 215(1)	313	D	
art. 215(2)	313	Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970,	
		app. III	
		art. 2f)	103

	PAGE		PAGE
F			
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121		art. 13(21.1)	209
art. 43	285	art. 56(1)b)	264
art. 45	285	art. 60b)	264
art. 48 à 55	285	art. 68	209
art. 77	306	art. 248(1) "biens"	209
		Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148	
		art. 20(6)g)	209
H			
Health Disciplines Act, 1974, 1974 (Ont.), chap. 47		Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17	
art. 17	41	art. 64(2)	190
Highway Traffic Act, R.S.M. 1970, chap. H60	449	art. 73(1)	190
		art. 73(2)	190
		art. 73(3)	190
J			
Judicature Act, R.S.O. 1980, chap. 223		Loi d'Amirauté, 1934, 1934 (Can.), chap. 31	
art. 36	70	art. 18(1)	752
		art. 18(2)	752
		art. 18(3)	752
		Loi sur l'expropriation, L.R.Q. 1977, chap. E-24	
		art. 55	732
		Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2	
		art. 8(2)	549
L			
Loi constitutionnelle de 1867		Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), chap. 10	
art. 91(24)	285	art. 2	752
art. 133	449, 460, 549	art. 22(1)	752
Loi d'interprétation, L.R.Q., chap. I-16		art. 22(2)	752
art. 42	732	art. 42	752
Loi d'interprétation, R.S.O. 1970, chap. 225		Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19	
art. 10	41	art. 41	460
art. 14(1)c)	41	Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2	
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II, n ^o 8		art. 2(1)	190
art. 23	449	Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6	
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48		art. 18	285
art. 66	678	art. 20	285, 306
art. 68	678	art. 24	285
Loi de l'expropriation, 1973 (Qué.), chap. 38		art. 88	285, 306
art. 54	732	Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1	
art. 88	732	art. 13(1)	549
art. 148	732	Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4	
Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63		art. 53(1)	704
art. 13	209	art. 55(1)	704
		art. 91(1)	704

	PAGE		PAGE
		R	
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1		Règles de procédure du CRTC en matière de télé-	
art. 2 "marihuana"	31	communications, DORS/79-554	
"stupéfiant"	31	art. 44(1)	190
art. 3(1)	103	art. 44(6)	190
art. 3(2)	103		
art. 4	31		
art. 4(1)	103		
art. 4(2)	103		
art. 4(3)	103		
art. 8	103		
art. 10	415		
annexe: art. 3	31		
M		S	
Medical Act, R.S.O. 1970, chap. 268		Summary Convictions Act, R.S.M. 1970, chap.	
art. 48	41	S230	449

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , Aurora, Ont., Law Book Inc., 1985.....	729
Amsterdam, A. G. "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies," 27 <i>Stan. L. Rev.</i> 525 (1975).	919, 975
Anson, Sir William R. <i>Anson's Law of Contract</i> , 25th (Centenary) ed. by A. G. Guest, Oxford, Clarendon Press, 1979.....	69
Association des avocats du Nouveau-Brunswick, Rapport final. <i>Comité sur l'intégration des deux langues officielles à la pratique du droit</i> , 1981	622
<i>Austin on Jurisprudence</i> , vol. 1, 5th ed. by R. Campbell, London, 1885.....	515
Barristers' Society of New Brunswick, Final Report. <i>Committee on Integration of the Two Official Languages in the Practice of Law</i> , 1981.	622
Baudouin, L. <i>Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec</i> , Paris, Dalloz, 1965.	744
Beaudoin, G.-A. "Le décor historique et constitutionnel" (1983), 14 <i>R.G.D.</i> 227.....	495
<i>Black's Law Dictionary</i> , 5th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, "Process".....	168
Bowker, W. F. "Basic Rights and Freedoms: What are they?" (1959), 37 <i>Can. Bar Rev.</i> 43.....	520
Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. <i>Final Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs</i> , Ottawa, Information Canada, 1973.	140
Canada. Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, étude n° 10, <i>The Law of Languages in Canada</i> , 1971	527
Canada. Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme</i> , Livre 1, <i>Les langues officielles</i> , Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967.....	643
Canada. Law Reform Commission of Canada. <i>Arrest</i> (Working Paper 41), Ottawa, Law Reform Commission of Canada, 1985.....	176
Canada. <i>Report of the Special Committee on Traffic in Narcotic Drugs</i> , Appendix to Debates of the Senate, 1955 Session.	140
Canada, Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. <i>Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism</i> , Book I, <i>The Official Languages</i> , Ottawa, Queen's Printer, 1967.....	643
Canada, Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Studies No. 10, <i>The Law of Languages in Canada</i> , 1971.	527
Carver, Thomas Gilbert. <i>Carver's Carriage By Sea</i> , 2 vols., 13th ed. by Raoul Colinvaux, London, Stevens, 1982.....	787
Castel, Jean-Gabriel. <i>Canadian Conflict of Laws</i> , 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1986.	777
Clarke, Philip H. "The Reception of The Eurymedon Decision in Australia, Canada and New Zealand" (1980), 29 <i>Int'l and Comp. L.Q.</i> 132.	783

Coke, Sir Edward. <i>The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England [Cokes Institutes: the third and fourth parts]</i> , London, W. Clarke, 1817.	169
Coode, G. <i>On Legislative Expression</i> , 2nd ed., 1852.	522
Côté, P. A. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , Cowansville, Yvon Blais Inc., 1984.	744
Côté, P. A. <i>Interprétation des lois</i> , Cowansville, Yvon Blais Inc., 1982.	744
Cross, Sir Rupert. <i>Evidence</i> , 5th ed., London, Butterworths, 1979.	115, 390
Cross, Sir Rupert. "The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof," delivered in the <i>Rede Lectures</i> , University of Toronto, Toronto, 1976.	133
<i>Daniell's Chancery Practice</i> , vols. I & II, 8th ed. by S. E. Williams and F. Guthrie-Smith, London, Stevens & Sons Ltd., 1914.	592
Dawe, C. "Section 60(b) of the <i>Income Tax Act</i> : An Analysis and Some Proposals for Reform" (1979), 5 <i>Queen's L.J.</i> 153.	268
Dawson, Francis. "Himalaya Clauses, Consideration and Privity of Contract" (1975), 6 <i>N.Z.U.L.R.</i> 161.	783
De Smith, S.A. <i>De Smith's Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed., by J. M. Evans, London, Stevens & Sons, 1980.	381, 724
Devlin, P. <i>Trial by Jury</i> , London, Stevens & Sons Ltd., 1966.	854
Dicey, A. V. <i>The Law of the Constitution</i> , 10th ed., London, MacMillan & Co., 1959.	918
Driedger, E. <i>The Composition of Legislation</i> , Ottawa, Queen's Printer, 1957.	682
Driedger, E. A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.	522
Eddy, J. P. and L. L. Loewe. <i>The New Law of Betting and Gaming</i> , 2nd ed., London, Butterworths, 1964.	259
Ewaschuk, E. G. "The Charter: An Overview and Remedies" (1982), 26 <i>C.R.</i> (3d) 54.	885, 964
Ewaschuk, E. G. <i>Criminal Pleadings and Practice in Canada</i> , Aurora Ont., Canada Law Book Ltd., 1983.	23
Fleming, John J. <i>The Law of Torts</i> , 6th ed., Sydney, Law Book Co., 1983.	350
Foster, W. F. and Joseph E. Magnet. "The Law of Forcible Entry" (1977), 15 <i>Alta. Law Rev.</i> 271, 271-291.	186
Garton G. "Re Canadian Charter of Rights and and Freedoms, S. 11(b): The Relevance of Pre-Charge Delay in Assessing the Right to Trial Within a Reasonable Time" (1984), 46 <i>Nfld. & P.E.I.R.</i> 177.	922
Gautron, A. "French/English Discrepancies in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1982), 12 <i>Man. L.J.</i> 220.	621
Gellhorn, Ernest. "Limitations on Contract Termination Rights — Franchise Cancellations," [1967] <i>Duke L.J.</i> 465, 465-521.	67
Gellhorn, Walter. <i>Individual Freedom and Governmental Restraints</i> , Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1956.	188
Gold, A. D. <i>Annual Review of Criminal Law</i> , Toronto, Carswells, 1982.	897, 964
Goodhart, A. L. "Thomas v. Sawkins: A Constitutional Innovation" (1936), 6 <i>Camb. L.J.</i> 22, 22-30.	173
Gordon, G. H. <i>The Criminal Law of Scotland</i> , 2nd ed., Edinburgh, W. Green & Son Ltd., 1978.	23
Grant, Alan. "The Supreme Court of Canada and the Police: 1970-76" (1978), 20 <i>Crim. Law Q.</i> 152, 152-166.	184
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 3rd ed., vol. 10, London, Butterworths, 1955.	172
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 4th ed., vol. 11, London, Butterworths, 1976.	172
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 4th ed., vol. 35, London, Butterworths, 1981.	344
Hart, H. L. A. "Definition and Theory in Jurisprudence" (1954), 70 <i>L.Q.R.</i> 37.	515
Hegel, G. W. <i>Philosophy of Right</i> , trans. by T. M. Knox, Oxford, Clarendon Press, 1942.	517
Hegel, G. W. <i>Principes de la philosophie du droit</i> , trad. par A. Kann, 13 ^e ed., Paris, Gallimard, 1940.	517

Hogg, P. W. <i>Canada Act 1982 Annotated</i> , Toronto, Carswells, 1982.....	885
Hogg, P. W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed., Toronto, Carswells, 1985.....	299
Hohfeld, W. N. <i>Fundamental Legal Conceptions</i> , ed. by W. W. Cook, New Haven, Yale University Press, 1923.....	515
Holdsworth, W. S. <i>A History of English Law</i> , vol. 3, 5th ed., London, Methuen & Co., 1942.....	24
Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 <i>Current Legal Problems</i> 23.....	591
Jacobs, Francis. <i>The European Convention on Human Rights</i> , Oxford, Clarendon Press, 1975.....	132
<i>Jowitt's Dictionary of English Law</i> , vol. 2, 2nd ed. by John Burke, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1977, "Process".....	168, 514
Katz, L. "Are There Constitutionally Guaranteed Language Rights in Criminal Code Proceedings" (1973), 11 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 545.....	629
<i>Le Petit Robert</i> , Paris, Le Robert, 1984, "rétribution".....	687
Lederman, W. R. "The Nature and Problems of a Bill of Rights" (1959), 37 <i>Can. Bar Rev.</i> 4.....	519
Levy, J. C. "The Invocation of Remedies Under the Charter of Rights and Freedoms: Some Procedural Considerations" (1983), 13 <i>Man. L.J.</i> 523.....	885, 964
Lysyk, K. M. "Constitutional Developments Relating to Indians and Indian Lands: an Overview," [1978] <i>L.S.U.C. Special Lectures</i> 201.....	295
MacKay, A. Wayne and T. A. Cromwell. "Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts" (1983), 32 <i>C.R.</i> (3d) 221, 221-235.....	132
Magnet, J. E. "The Charter's Official Languages Provisions: The Implications of Entrenched Bilingualism" (1982), 4 <i>Supreme Court L.R.</i> 163.....	615
Maloney, Arthur. "Law Enforcement and The Citizen's Liberty" (1966), 9 <i>Can. Bar J.</i> 168, 168-189.....	188
Manley, John. Case comment on <i>Eccles v. Bourque</i> (1975), 7 <i>Ottawa L. Rev.</i> 649, 649-657.....	181
Manley, John. Commentaire de l'arrêt <i>Eccles c. Bourque</i> (1975), 7 <i>Ottawa L. Rev.</i> 649, 649-657.....	181
Manning, M. <i>Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982</i> , Toronto, Emond-Montgomery Ltd., 1983.....	885, 964
Marx, H. "Language Rights in the Canadian Constitution" (1967), 2 <i>R.J.T.</i> 239.....	525
<i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. by P. St. J. Langan, London, Sweet & Maxwell, 1969....	213, 687
Mayers, Edward Courtenay. <i>Admiralty Law and Practice in Canada</i> , Toronto, Carswells, 1916.....	776
Morris, J. Fish. "Committal for Trial: 'Some' Evidence is Not 'Sufficient' " (1979), 39 <i>R. du B.</i> 607.....	854
Nantel, M. "La langue française au Palais" (1945), 5 <i>R. du B.</i> 201.....	528
New Brunswick, Official Languages Branch. Report of the Task Force on Official Languages, <i>Towards Equality of the Official Languages in New Brunswick</i> , Fredericton, 1982.....	641
Note. "The Lagging Right to a Speedy Trial," 51 <i>Va. L. Rev.</i> 1587 (1965).....	939, 974
Nouveau-Brunswick, Direction des langues officielles. Rapport du groupe d'étude sur les langues officielles, <i>Vers l'égalité des langues officielles au Nouveau-Brunswick</i> , Fredericton, 1982.....	641
Ontario. <i>Royal Commission Inquiry into Civil Rights</i> , Queen's Printer, 1968.....	519
<i>Oxford English Dictionary</i> , vol. 9, Oxford, Clarendon Press, 1933, reprinted 1961, "Sale".....	83
Pigeon, L.-P. <i>Rédaction et interprétation des lois</i> , Québec, Imprimeur de la Reine, 1965.....	688
Plucknett, Theodore T. F. <i>A Concise History of the Common Law</i> , 5th ed., London, Butterworths, 1956.....	169
Radzinowicz, L. <i>A History of English Criminal Law</i> , vol. 1, New York, MacMillan Co., 1948.....	24
Reid, Robert F. and Hillel David. <i>Administrative Law and Practice</i> , 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1978.....	381
Richards J. G. and G. J. Smith. "Applying the Charter" (1983), 4 <i>Advocates' Q.</i> 129.....	882

Salhany, R. E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 4th ed., Aurora, Canada Law Book Inc., 1984.....	957
<i>Salmond on Jurisprudence</i> , 11th ed. by G. Williams, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1957.....	517
Salmond, Sir John William. <i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 18th ed., by R. F. V. Heuston and R. S. Chambers, London, Sweet and Maxwell, 1981.....	652
Shilton, B. R. "Drug Moneys—The Fruits of Crime?" 25 C.R. (2d) 294.....	423
Smith, J. S. <i>A Practice of the Court of Chancery</i> , London, William G. Benning & Co., 1855.....	592
Sopinka, John and Sidney N. Lederman. <i>The Law of Evidence in Civil Cases</i> , Toronto, Butterworths, 1974.....	136
Stephen, J. F. <i>A History of the Criminal Law of England</i> , vol. 1, London, MacMillan & Co., 1883.....	24
Stone J. <i>The Province and Function of Law</i> , Sydney, Associated General Publications Pty. Ltd., 1946.....	516
<i>Supreme Court Practice, 1985</i> , vol. 1 by Jack I. H. Jacob ed. in chief, London, Sweet & Maxwell Ltd. and Stevens & Sons Ltd., 1984.....	593
Tedeschi, Mark. "Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd." (1981), 55 <i>A.L.J.</i> 876.....	783
Tetley, William. <i>Marine Cargo Claims</i> , 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1978.....	783
Tremblay, A. "L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques" (1983), 13 <i>Man. L.J.</i> 651.....	564
Tremblay, A. «Les droits linguistiques» dans G.-A. Beaudoin et W. S. Tarnopolsky éd., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.....	545, 565, 613
Tremblay, A. "The Language Rights (Ss. 16 to 23)" in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary</i> , Toronto, Carswells, 1982.....	545, 565, 613,
Uviller, H. R. " <i>Barker v. Wingo</i> : Speedy Trial Gets a Fast Shuffle," 72 <i>Colum. L. Rev.</i> 1376 (1972).....	923, 975
Vesely, J. George. "Franchising as a Form of Business Organization — Some Legal Problems" (1977-78), 2 <i>C.B.L.J.</i> 34, 34-67.....	59
Waddams, S. M., Comments (1977), 55 <i>Can. Bar Rev.</i> , 327.....	783
Waddams, S. M., Commentaires (1977), 55 <i>R. du B. can.</i> , 327.....	783
Weiler, P. "Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version" (1984), 18 <i>U. Mich. J.L. Ref.</i> 51...	524
Weiler, Paul C. "The Control of Police Arrest Practices: Reflections of a Tort Lawyer" in Allen M. Linden, ed., <i>Studies in Canadian Tort Law</i> , Toronto, Butterworths, 1968.....	186
Williams, Glanville L. <i>Joint Torts and Contributory Negligence</i> , London, Stevens & Sons, 1951.....	658

John Arthur Charles Carter *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 18658.

1985: April 24; 1986: June 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Whether pre-charge delay relevant to determining if accused's right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

On January 28, 1983, the accused was charged with several sexual offences, all of which are alleged to have occurred on April 3, 1980. In May 1983, prior to the accused's election, a Provincial Court judge ruled that the accused's right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated and ordered a stay of proceedings. The Supreme Court of British Columbia granted the Crown's application for *certiorari* and quashed the ruling. The Court held that the Provincial Court judge erred in taking into account pre-information delay in assessing the reasonableness of pre-trial delay under s. 11(b). The Court of Appeal upheld the judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.: When assessing the reasonableness of the delay in s. 11(b), pre-information delay should not be taken into consideration. The time frame to be considered runs only from the moment a person is charged. The pre-information delay is also irrelevant when assessing the reasonableness of post-charge delay. Prior to the charge, the liberty of the individual is not subject to restraint nor does he stand accused before the community of committing a crime. Thus, those aspects of the liberty and security of the person which are protected by s. 11(b) will not be placed in jeopardy prior to the institution of judicial proceedings against the individual.

John Arthur Charles Carter *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° du greffe: 18658.

1985: 24 avril; 1986: 26 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

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

^c *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès tenu dans un délai raisonnable — Pertinence ou non du délai antérieur à l'inculpation pour déterminer s'il y a eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).*

Le 28 janvier 1983, l'accusé a été inculpé de plusieurs infractions d'ordre sexuel qui auraient toutes été commises le 3 avril 1980. En mai 1983, avant que l'accusé n'ait fait son choix, un juge de la Cour provinciale a statué que le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable en vertu de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* avait été violé, et il a ordonné la suspension des procédures. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli la demande de *certiorari* présentée par le ministère public et a annulé la décision. Elle a statué que le juge de la Cour provinciale avait commis une erreur en tenant compte du délai antérieur à la dénonciation pour évaluer le caractère raisonnable du délai mis à tenir le procès au sens de l'al. 11b). La Cour d'appel a confirmé le jugement.

^g *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

^h Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain et La Forest: Pour déterminer le caractère raisonnable du délai au sens de l'al. 11b), on ne doit pas tenir compte du délai antérieur à la dénonciation. Le laps de temps dont il faut tenir compte ne commence à courir qu'à partir de l'inculpation. Le délai antérieur à la dénonciation est également sans pertinence lorsqu'on examine si un délai ⁱ postérieur à l'inculpation est raisonnable. Avant l'inculpation, la liberté de l'individu en question n'est soumise à aucune restriction et celui-ci n'est pas encore considéré par la collectivité comme accusé d'un crime. Par conséquent, les aspects de la liberté et de la sécurité de la ^j personne qui sont protégés par l'al. 11b) n'auront pas été compromis antérieurement à l'introduction de poursuites judiciaires contre cette personne.

Finally, a Provincial Court judge sitting at the preliminary inquiry stage was not a court of competent jurisdiction to order a stay of proceedings for a s. 11(b) violation.

Per Wilson J.: Although the period of time to be considered in determining whether an accused has been tried within a reasonable time under s. 11(b) starts to run when a person is charged, pre-charge delay may be considered in assessing the reasonableness of the post-charge delay under s. 11(b) if the accused's complaint is that the post-charge delay was unreasonable because it impaired his right to make full answer and defence to the charge. This issue, however, does not arise in this case.

Cases Cited

Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863, followed.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b), (d).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 11 C.C.C. (3d) 284, 8 D.L.R. (4th) 156, 9 C.R.R. 345, upholding a judgment of McKay J. (1983), 9 C.C.C. (3d) 173, 4 D.L.R. (4th) 746, granting a Crown's application for *certiorari* to quash a stay of proceedings. Appeal dismissed.

M. R. V. Storrow, Q.C., and *Rhys Davies*, for the appellant.

Robert H. Wright and Sharon Kenny, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

LAMER J.—The issue in this appeal is whether pre-charge delay may be considered in determining whether a person charged with an offence has been tried within a reasonable time pursuant to s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms (Constitution Act, 1982*, as enacted by the *Canada Act 1982, 1982 (U.K.)*, c. 11).

Finalemment, un juge de la Cour provinciale siégeant à l'enquête préliminaire ne constitue pas un tribunal compétent pour ordonner une suspension des procédures fondée sur une violation de l'al. 11b).

a Le juge Wilson: Bien que le laps de temps dont il faut tenir compte pour déterminer si un accusé a été jugé dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11b) commence à courir au moment de son inculpation, le délai antérieur à l'inculpation peut être pris en considération pour déterminer le caractère raisonnable du délai postérieur à l'inculpation au sens de l'al. 11b) si l'accusé se plaint de ce que ce dernier délai était déraisonnable parce qu'il a porté atteinte à son droit d'opposer une réponse et une défense complètes à l'accusation. Cette question ne se pose toutefois pas ici.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

d Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b), *d*).

e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 11 C.C.C. (3d) 284, 8 D.L.R. (4th) 156, 9 C.R.R. 345, qui a confirmé le jugement du juge McKay (1983), 9 C.C.C. (3d) 173, 4 D.L.R. (4th) 746, faisant droit à la demande de *certiorari* du ministère public pour annuler la suspension des procédures. Pourvoi rejeté.

M. R. V. Storrow, c.r., et *Rhys Davies*, pour l'appellant.

g Robert H. Wright et Sharon Kenny, pour l'intimée.

h Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain et La Forest rendu par

i LE JUGE LAMER—Ce pourvoi soulève la question de savoir si on peut prendre en considération le délai antérieur à l'inculpation lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne accusée d'une infraction a été jugée dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés (Loi constitutionnelle de 1982*, adoptée par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982 (R.-U.)*, chap. 11).

The Facts

The offences of rape, buggery, gross indecency and indecent assault are alleged to have been committed by the accused on April 3, 1980. On April 4, 1980, L. H. lodged a complaint with the Vancouver Police Department concerning the first three offences and J. O. entered a complaint with respect to the fourth. The police investigation began on April 7, 1980. The police were then unable to locate the complainant L. H. as she had left her residence, leaving no forwarding address. The complainant was located in October of 1982 and interviewed by the police on November 29th, December 1st and 7th of 1982.

The accused was first informed of the investigation on January 4, 1983. On January 28, 1983, an information respecting all four alleged offences was laid against the accused and he appeared on that date in Provincial Court. On March 8, 1983, the accused made a personal appearance with his counsel and a preliminary inquiry was set for May 24, 25 and 26, 1983. At the request of counsel for the accused, the date of April 5, 1983, was set for the hearing of a constitutional argument. On April 5, Crown and defence counsel by agreement adjourned the constitutional argument to April 25, 1983. On April 25, counsel for the accused was unavailable and the matter was adjourned to May 6, 1983. On May 6, the Provincial Court judge directed that evidence be called by the Crown with respect to events between the date of the alleged offences (April 3, 1980) and the date on which the information was laid against the accused (January 28, 1983).

The Judgments*Provincial Court*

Craig Prov. Ct. J., held that the accused's constitutional rights under s. 11(b) of the *Charter* had been violated and ordered a stay of proceedings. He stated that although the Vancouver Police had not been negligent in the case, the delay which had occurred between April 3, 1980 and January 28, 1983, as a result of the unavailability of the victim L. H., was nevertheless "totally unreasonable". The learned judge also stated that he had to be

Les faits

Il est allégué que le 3 avril 1980 l'accusé a commis les infractions de viol, de sodomie, de grossière indécence et d'attentat à la pudeur. Le 4 avril 1980, L. H. a porté plainte auprès de la police de Vancouver relativement aux trois premières infractions et J. O. en a fait autant relativement à la quatrième. Au moment de l'ouverture de l'enquête policière le 7 avril 1980, la police n'a pas alors pu retrouver la plaignante L. H. qui avait quitté son domicile sans laisser d'adresse. Retrouvée en octobre 1982, la plaignante a été interrogée par la police le 29 novembre et les 1^{er} et 7 décembre 1982.

Ce n'est que le 4 janvier 1983 que l'accusé a été informé de l'enquête. Le 28 janvier 1983, on a déposé contre lui une dénonciation portant sur chacune des quatre infractions susmentionnées. Il a comparu le même jour en Cour provinciale. Le 8 mars 1983, l'accusé, accompagné de son avocat, a comparu en personne et l'enquête préliminaire a été fixée aux 24, 25 et 26 mai 1983. À la demande de l'avocat de l'accusé, un argument constitutionnel devait être entendu le 5 avril 1983. Mais le 5 avril, la poursuite et l'avocat de la défense sont convenus de reporter au 25 avril 1983 l'audience sur l'argument constitutionnel. Le 25 avril, l'avocat de l'accusé n'a pu être présent et il y a eu un nouvel ajournement jusqu'au 6 mai 1983. Le 6 mai, le juge de la Cour provinciale a ordonné au ministère public de produire des témoins qui déposeraient relativement aux événements survenus entre la date des infractions alléguées (le 3 avril 1980) et la date du dépôt de la dénonciation (le 28 janvier 1983).

Les jugements*Cour provinciale*

Le juge Craig de la Cour provinciale a conclu que les droits constitutionnels de l'accusé garantis par l'al. 11b) de la *Charte* avaient été violés et a ordonné une suspension d'instance. Selon le juge Craig, la police de Vancouver n'avait pas fait preuve de négligence en l'espèce, mais le laps de temps écoulé entre le 3 avril 1980 et le 28 janvier 1983 par suite de la disparition de la victime L. H. constituait un délai [TRADUCTION] «complètement

“concerned with the delay from the date of the transaction” and thus took into consideration both pre-*Charter* and pre-charge delay in assessing the reasonableness of pre-trial delay under s. 11(b).

In identifying the interests of the accused that had been impaired by the delay, the judge stated that,

It's necessary that an accused person have the ability to recall and to call upon his witnesses and to make his own investigations. All of that, in my view, has been denied the accused in this case and for the reasons that I have recounted I will stay the proceedings.

Supreme Court of British Columbia

Upon an application by the Crown for *certiorari* to quash the stay of proceedings and *mandamus* directing a judge of the Provincial Court to proceed with the preliminary inquiry or trial of the charges, McKay J. held that the accused's s. 11(b) rights had not, in the circumstances, been violated and issued the orders for *certiorari* and *mandamus*: (1983), 9 C.C.C. (3d) 173.

On the issue of pre-charge delay, McKay J. stated at pp. 178-79:

I have no doubt that relief is available under s. 11(d) or s. 7 and possibly by way of a finding of abuse of process if it is demonstrated that pre-information or pre-indictment delay would cause substantial prejudice to an accused's right to a fair trial and that the delay was caused by the police or the Crown for an oblique purpose. There is no need to strain the clear wording of s. 11(b) to provide relief from pre-information delay. I am not suggesting that this is an appropriate case for such relief.

McKay J. also added, however, that the existence of pre-information delay, as opposed to the reasons for the delay, may well be a factor when considering post-information delay under s. 11(b).

déraisonnable». Le savant juge a en outre dit qu'il ne pouvait qu'être [TRADUCTION] «inquiet compte tenu du délai écoulé depuis la date de l'affaire», et c'est pourquoi, en déterminant si le délai antérieur au procès était raisonnable au sens de l'al. 11b), il a pris en considération aussi bien le délai antérieur à l'entrée en vigueur de la *Charte* que celui qui a précédé l'inculpation.

Précisant quels intérêts de l'accusé étaient mis en péril par le délai, le juge a fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] Il faut qu'un accusé puisse se souvenir et faire appel à ses témoins et mener ses propres enquêtes. Selon moi, tout ceci lui a été refusé en l'espèce et, pour les raisons déjà exposées, je prononcerai la suspension d'instance.

Cour suprême de la Colombie-Britannique

Sur demande du ministère public visant à obtenir un *certiorari* pour annuler la suspension d'instance et un *mandamus* pour obliger un juge de la Cour provinciale à procéder à l'enquête préliminaire ou à l'instruction des accusations, le juge McKay a conclu que, dans les circonstances, les droits de l'accusé garantis par l'al. 11b) n'avaient pas été violés. Par conséquent, il a rendu les ordonnances sollicitées de *certiorari* et de *mandamus*: (1983), 9 C.C.C. (3d) 173.

Sur la question du délai antérieur à l'inculpation, le juge McKay a dit, aux pp. 178 et 179:

[TRADUCTION] Je n'ai pas le moindre doute qu'il peut y avoir une réparation fondée sur l'al. 11d) ou sur l'art. 7, et peut-être sur une conclusion d'abus de procédure, si l'on établit que tout délai antérieur au dépôt de la dénonciation ou à la présentation de l'acte d'accusation porterait grandement atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable et si l'on établit que ce délai a été provoqué par la police ou par la poursuite pour atteindre quelque but indirect. On n'a pas besoin de déformer le sens clair de l'al. 11b) pour fournir une réparation dans le cas d'un délai antérieur au dépôt d'une dénonciation. Je ne veux toutefois pas dire par là qu'il y a lieu à une telle réparation en l'espèce.

Cependant, le juge McKay a ajouté qu'il se peut bien que l'existence d'un délai antérieur au dépôt de la dénonciation, par opposition aux motifs de ce délai, entre en ligne de compte relativement à un délai postérieur à la dénonciation au sens de l'al. 11b).

Court of Appeal

The Court of Appeal (1984), 11 C.C.C. (3d) 284, 8 D.L.R. (4th) 156, 9 C.R.R. 345 upheld the judgment of McKay J., generally agreeing with his reasons with the exception of one caveat. The court preferred not to express an opinion on the statement of McKay J. that the existence of pre-information delay may be considered when assessing post-information delay.

Pre-Charge Delay

The accused in this case was "charged" as of the service of a summons pursuant to the laying of the information, which means that he was charged on January 28, 1983.

As I have indicated in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, which has been handed down this same day, the time frame to be considered in computing trial within a reasonable time generally runs only from the moment a person is charged. In passing, I might add that I say "generally" because there might be exceptional circumstances under which the time might run prior to the actual charge on which the accused will be tried. As an example, if the Crown withdraws the charge to substitute a different one but for the same transaction, the computation of time might well commence as of the first charge. This is not in issue here and reference to this situation is only illustrative of my resort to the word "generally". Consequently, the period running from April 3, 1980 to January 28, 1983, should not have been taken into consideration when assessing the reasonableness of the delay under s. 11(b).

Moreover, I must respectfully disagree with McKay J.'s suggestion that pre-information delay may be given some weight when assessing the reasonableness of post-charge delay. This is because prior to the charge, the liberty of the individual will not be subject to restraint nor will he or she stand accused before the community of committing a crime. Thus, those aspects of the liberty and security of the person which are protected by s. 11(b) (as opposed to those other

Cour d'appel

La Cour d'appel (1984), 11 C.C.C. (3d) 284, 8 D.L.R. (4th) 156, 9 C.R.R. 345 a confirmé la décision du juge McKay, disant qu'à une seule exception près, elle était d'accord avec ses motifs. En effet, la Cour a préféré ne pas exprimer d'opinion sur la déclaration du juge McKay qu'on peut tenir compte, en tant que fait, du délai antérieur au dépôt d'une dénonciation lorsqu'il s'agit d'examiner un délai postérieur au dépôt de la dénonciation.

Délai antérieur à l'inculpation

En l'espèce, l'accusé a été «inculpé» dès que lui a été signifiée une sommation par suite du dépôt de la dénonciation, c'est-à-dire le 28 janvier 1983.

Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, rendu en même temps que le présent arrêt, en déterminant si un procès a eu lieu dans un délai généralement raisonnable, on ne doit tenir compte que du temps qui s'écoule à partir de l'inculpation. En passant, je puis ajouter que je dis «généralement» parce qu'il pourrait y avoir des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le délai pourrait courir avant le dépôt de l'accusation dont l'accusé aura à répondre. Par exemple, si la poursuite retire l'accusation pour la remplacer par une autre mais pour la même affaire, le calcul du délai pourrait bien commencer à partir de la première accusation. Ce n'est pas la question en l'espèce et je n'utilise cette situation que pour illustrer mon recours au mot «généralement». Il s'ensuit que la période du 3 avril 1980 au 28 janvier 1983 n'aurait pas dû être prise en considération pour déterminer le caractère raisonnable du délai au sens de l'al. 11b).

D'autre part, je rejette, avec égards, l'opinion du juge McKay qu'on peut, en examinant si un délai postérieur à l'inculpation est raisonnable, donner un certain poids au délai antérieur au dépôt de la dénonciation. Cela s'explique par le fait qu'avant l'inculpation, la liberté de l'individu en question n'aura pas été restreinte et celui-ci ne sera pas encore considéré par la collectivité comme accusé d'un crime. Par conséquent, les aspects de la liberté et de la sécurité de la personne qui sont

aspects of the liberty and security of the person which are protected through s. 7 and s. 11(d)) will not be placed in jeopardy prior to the institution of judicial proceedings against the individual. Hence, pre-charge delay is irrelevant to those interests when they are protected by s. 11(b).

The only period of time which may properly be considered in assessing whether or not a violation of s. 11(b) has occurred is that period running from January 28, 1983 to May 6, 1983, the date on which the inquiry into the reasonableness of the delay began. Only 3½ months had elapsed and the applicant has not suggested that this time span was in violation of s. 11(b). It is obvious that the applicant was relying on the pre-charge delay; in any event, most of the post-charge delay was with the accused's consent, indeed a good part of it was at his own request.

Section 11(d) and Abuse of Process

There is no suggestion of any deviousness or maliciousness, or of any offensive or vexatious conduct on the part of the police. There can therefore be no finding of abuse of process. The sole remaining question is whether or not the accused has been deprived of his right to a fair hearing under s. 11(d) as a result of the delay.

Appellant has not argued s. 11(d) in this Court. In any event, I find in the record of the pleadings below no indication by the applicant of the way in which he has been deprived of his right to a fair trial, apart from the simple passage of time.

I would add as a final note that, given my findings in *Mills*, Craig Prov. Ct. J. sitting at the preliminary inquiry stage, was not a court of competent jurisdiction to order the stay of proceedings for a s. 11(b) violation.

I would, for the reasons given above, dismiss the appeal.

protégés par l'al. 11b) (par opposition aux aspects protégés par l'art. 7 et l'al. 11d)) n'auront pas été compromis antérieurement à l'introduction de poursuites judiciaires contre la personne en question. Donc, le délai antérieur à l'inculpation n'a aucune importance relativement à ces intérêts garantis par l'al. 11b).

Seule la période du 28 janvier 1983 au 6 mai 1983, date à laquelle a débuté l'enquête sur le caractère raisonnable du délai, peut à bon droit être retenue pour déterminer s'il y a eu violation de l'al. 11b). Or, il ne s'est écoulé que trois mois et demi et le requérant ne prétend pas que ce laps de temps constitue une violation de l'al. 11b). Il est d'ailleurs évident que le requérant se fonde sur le délai antérieur à l'inculpation; de toute façon, la majeure partie du délai postérieur à l'inculpation a eu lieu avec le consentement de l'accusé, à dire vrai pour une bonne part, à la demande de l'accusé lui-même.

L'alinéa 11d) et l'emploi abusif des procédures

Rien n'indique de fourberie ou de malveillance, pas plus qu'une conduite de quelque manière abusive ou vexatoire de la part de la police. Il n'est donc pas question d'une conclusion d'emploi abusif des procédures. Cela étant, seule reste à trancher la question de savoir si, par suite du délai, l'accusé a été privé de son droit à un procès équitable, garanti par l'al. 11d).

L'appelant n'a pas invoqué l'al. 11d) en cette Cour. De toute façon, je ne vois dans la transcription des plaidoiries devant les juridictions d'instance inférieure aucune indication de la part du requérant exposant comment il a été privé de son droit à un procès équitable, si ce n'est par le simple passage du temps.

J'ajoute en dernier lieu que, compte tenu de ma conclusion dans l'arrêt *Mills*, le juge Craig de la Cour provinciale, siégeant à l'enquête préliminaire, n'avait pas compétence pour ordonner la suspension d'instance fondée sur une violation de l'al. 11b).

Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I agree with my colleague, Lamer J., that the period of time to be considered in determining whether or not an accused has been tried within a reasonable time under s. 11(b) starts to run when a person is charged.

However, I do not share my colleague's view that delay in laying the charge cannot (except in exceptional circumstances) be considered in assessing the reasonableness of the delay under s. 11(b). If the basis of the alleged unreasonableness under s. 11(b) is not the post-charge delay *per se* but the fact that the post-charge delay has impaired the accused's right to make full answer and defence to the charge, then I think pre-charge delay may very well be relevant on that issue.

My colleague acknowledges that pre-charge delay may be considered under s. 11(d) and in relation to an allegation of abuse of process and I agree that this is so. My disagreement on its relevance under s. 11(b) flows from the disparity of views my colleague and I expressed in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863 (which has been handed down this same day), as to whether or not prejudice is relevant in assessing reasonableness under s. 11(b).

The appellant in this case has not submitted that the post-charge delay of three and a half months was unreasonable in the sense that it hampered him in his defence. Thus the question of whether the pre-charge delay contributed to or underscored the prejudice flowing from the failure to be tried within a reasonable time does not arise in this case.

I agree with my colleague that Craig Prov. Ct. J. sitting at the preliminary inquiry was not a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1). I agree with my colleague that the appeal should be dismissed.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Je suis d'accord avec mon collègue le juge Lamer pour dire que le laps de temps à considérer pour déterminer si un accusé a été jugé dans un délai raisonnable au sens de l'al. 11b) commence à courir au moment de l'inculpation.

Toutefois, je ne partage pas son avis suivant lequel on ne peut pas tenir compte du délai antérieur au dépôt de l'inculpation (sauf circonstances exceptionnelles) pour évaluer le caractère raisonnable du délai au sens de l'al. 11b). Si le fondement du caractère déraisonnable allégué en vertu de l'al. 11b) n'est pas le délai postérieur à l'inculpation en soi, mais le fait que ce délai a porté atteinte au droit de l'inculpé d'opposer une réponse et une défense complètes à l'accusation, alors je crois que le délai antérieur à l'inculpation peut fort bien être pertinent à cet égard.

Mon collègue reconnaît qu'un délai antérieur à l'inculpation peut entrer en ligne de compte en vertu de l'al. 11d) et relativement à une allégation d'abus de procédures, et je suis bien d'accord. Mon désaccord quant à sa pertinence en vertu de l'al. 11b) découle de la différence de vue que mon collègue et moi-même avons exprimée dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863 (rendu en même temps que le présent arrêt), sur le point de savoir si le préjudice est pertinent relativement à l'évaluation du caractère raisonnable en vertu de l'al. 11b).

L'appelant en l'espèce n'a pas fait valoir que le délai de trois mois et demi postérieur à l'inculpation était déraisonnable en ce sens qu'il l'aurait gêné dans sa défense. Ainsi la question de savoir si le délai antérieur à l'inculpation a contribué ou accentué le préjudice découlant de ce que le procès n'a pas été tenu dans un délai raisonnable, ne se pose pas ici.

Je suis d'accord avec mon collègue que le juge Craig de la Cour provinciale qui a présidé l'enquête préliminaire n'était pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1). Je suis d'accord avec mon collègue pour rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

*Solicitors for the appellant: Davis & Company,
Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Robert H. Wright,
Vancouver.*

Pourvoi rejeté.

*Procureurs de l'appelant: Davis & Company,
Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Robert H. Wright,
Vancouver.*

Leslie Nero, John Duncombe, Zoran Stipic and William Kay as Trustees of IAM Lodge 2281 Pension Plan, and Leslie Nero, John Duncombe, Zoran Stipic, Gerard Royer, Jack Whiteford, Beverly Graham, and Sam Rezo, on behalf of themselves and all other persons who were members of IAM Lodge 2281 on September 30, 1975 and had not attained the age of 45 years at that date, but had been members of the IAM Labour-Management Pension Plan (Canada) for a continuous period of 10 years at that date or had been in the employ of Mack Trucks Canada Limited Oakville Assembly Plant for a continuous period of 10 years at that date or if not in the employ of Mack Trucks Canada Limited Oakville Assembly Plant for a continuous period of 10 years at that date the member has not ceased to be in the employ thereof prior to having completed 10 years of continuous service therein, and on behalf of all persons who were members of IAM Lodge 2281 on September 30, 1975 and had attained 45 years of age but had not been members of IAM Labour-Management Pension Plan (Canada) for a continuous period of 10 years at that date, or had not been in the service of Mack Trucks Canada Limited Oakville Assembly Plant for a continuous period of 10 years at that date and have not since ceased to be in the service of Mack Trucks Canada Limited Oakville Assembly Plant prior to having completed 10 years of continuous service therein
Appellants;

and

Mike Rygus, Lester F. Gettel Jr. and Sharon D. Elliot, Trustees of the IAM Labour-Management Pension Fund (Canada) *Respondents.*

File No.: 17547.

1986: June 16; 1986: June 26.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

Leslie Nero, John Duncombe, Zoran Stipic et William Kay, en qualité d'administrateurs du régime de retraite de la section locale 2281 de l'AIM, et Leslie Nero, John Duncombe, Zoran Stipic, Gerard Royer, Jack Whiteford, Beverly Graham et Sam Rezo, en leur propre nom et en celui de toutes les autres personnes qui étaient membres de la section locale 2281 de l'AIM le 30 septembre 1975 et qui n'avaient pas atteint l'âge de 45 ans à cette date, mais qui, à cette même date, avaient cotisé sans interruption pendant une période de 10 ans à la Caisse de retraite patronale-syndicale de l'AIM (Canada) ou avaient travaillé sans interruption pendant une période de 10 ans à l'usine d'assemblage de Mack Trucks Canada Limited à Oakville, ou si, à cette date, le membre n'avait pas travaillé sans interruption pendant une période de 10 ans à ladite usine, il n'a cessé d'y travailler qu'après avoir complété 10 années de service continu, et au nom de toutes les personnes qui étaient membres de la section locale 2281 de l'AIM le 30 septembre 1975 et qui avaient atteint l'âge de 45 ans, mais qui, à cette même date, n'avaient pas cotisé sans interruption pendant une période de 10 ans à la Caisse de retraite patronale-syndicale de l'AIM (Canada) ou n'avaient pas travaillé sans interruption pendant une période de 10 ans à l'usine d'assemblage de Mack Trucks Canada Limited à Oakville et qui, depuis, n'ont cessé de travailler à ladite usine qu'après y avoir complété 10 années de service continu
Appellants;

h et

Mike Rygus, Lester F. Gettel Jr. et Sharon D. Elliot, administrateurs de la Caisse de retraite patronale-syndicale de l'AIM (Canada) *Intimés.*

N° du greffe: 17547.

1986: 16 juin; 1986: 26 juin.

j Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Wilson, Le Dain et La Forest.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Pensions — Entitlement — Vesting — Contributions made by employer to multi-employer pension plan established by international union — New pension plan subsequently established for members of local union — Benefits under original plan not yet vested — Employees not entitled to deferred benefits under original plan.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 140 D.L.R. (3d) 575, 40 O.R. (2d) 96, dismissing an appeal from a judgment of Gray J. (1981), 124 D.L.R. (3d) 727, 33 O.R. (2d) 445. Appeal dismissed.

John Sopinka, Q.C., and Robert Rueter, for the appellants.

Raymond Koskie, Q.C., and Mark Zigler, for the respondents.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—Having examined the written submissions and heard the oral arguments of counsel, we are not persuaded that the Court of Appeal for Ontario erred in its conclusion that the appeal from the judgment of Gray J. should be dismissed. As it notes, neither the federal Act [*Pension Benefits Standards Act*, R.S.C. 1970, c. P-8] and regulations, nor the provincial Act [*The Pension Benefits Act*, R.S.O. 1970, c. 342] and regulations, are designed to deal with what occurred in this case, and the respondents have complied with the requirements of the plan. We would, therefore, dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Stikeman, Elliott, Robarts, Bowman, Toronto.

Solicitors for the respondents: Koskie and Minsky, Toronto.

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

Régime de retraite — Droit d'en bénéficier — Attribution — Cotisations versées par l'employeur dans un régime de retraite multi-employeurs établi par un syndicat international — Établissement subséquent d'un nouveau régime de retraite à l'intention des membres du syndicat local — Prestations en vertu du régime initial non encore attribuées — Employés n'ayant pas droit aux prestations différées du régime initial.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 140 D.L.R. (3d) 575, 40 O.R. (2d) 96, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Gray (1981), 124 D.L.R. (3d) 727, 33 O.R. (2d) 445. Pourvoi rejeté.

John Sopinka, c.r., et Robert Rueter, pour les appelants.

Raymond Koskie, c.r., et Mark Zigler, pour les intimés.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Après avoir examiné l'argumentation écrite et avoir entendu les plaidoiries des avocats, nous ne sommes pas convaincus que la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en concluant que l'appel du jugement du juge Gray devait être rejeté. Comme elle le fait observer, ni la Loi fédérale [*Loi sur les normes des prestations de pension*, S.R.C. 1970, chap. P-8] et ses règlements d'application, ni la Loi provinciale [*The Pension Benefits Act*, R.S.O. 1970, chap. 342] et ses règlements d'application ne sont destinés à s'appliquer à ce qui s'est produit en l'espèce, et les intimés se sont conformés aux exigences du régime. Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Stikeman, Elliott, Robarts, Bowman, Toronto.

Procureurs des intimés: Koskie and Minsky, Toronto.

Gordon Wilfred Canning *Appellant*;
and
Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 19143.

1986: June 18; 1986: June 26.

Present: McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Evidence — Identification — Accused paraded in detention centre corridor and not in line-up — Charge to jury indicating need for caution in approaching identification evidence but not relating that need to facts — Appeal allowed and new trial ordered.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1984), 65 N.S.R. (2d) 326, 147 A.P.R. 326, dismissing an appeal from conviction by Richard J., sitting with jury. Appeal allowed.

John A. Black, for the appellant.

Brian S. Norton, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We are all of the view that while there was some evidence of identification of the accused, and while the trial judge did instruct the jury that caution should be exercised in approaching the identification evidence, he did not relate that need to the facts of this case. The result is that his charge on the issue of identification was inadequate—particularly with regard to the identification procedures adopted at the detention centre.

We would, accordingly, allow the appeal, set aside the conviction, and direct a new trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: John A. Black, Dartmouth.

Solicitor for the respondent: Brian S. Norton, Halifax.

Gordon Wilfred Canning *Appellant*;
et
Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a N° du greffe: 19143.

1986: 18 juin; 1986: 26 juin.

Présents: Les juges McIntyre, Chouinard, Lamer, Le Dain et La Forest.

^b EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

^c *Droit criminel — Preuve — Identification — Identification de l'accusé dans le corridor d'un centre de détention et non dans le cadre d'une séance d'identification régulière — Directives au jury faisant part de la nécessité de montrer de la prudence en abordant la preuve d'identification, mais n'établissant pas de lien entre cette nécessité et les faits — Pourvoi accueilli et*
^d *nouveau procès ordonné.*

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1984), 65 N.S.R. (2d) 326, 147 A.P.R. 326, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Richard siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

John A. Black, pour l'appellant.

Brian S. Norton, pour l'intimée.

^f Version française du jugement rendu par

LA COUR—Nous sommes tous d'avis que, même s'il y a une certaine preuve d'identification de l'accusé et même si le juge du procès a informé ^g le jury de la nécessité de montrer de la prudence en abordant cette preuve, il n'a pas établi de lien entre cette nécessité et les faits de l'espèce. Il s'ensuit que ses directives sur la question de l'identification sont insuffisantes, plus particulièrement ^h en ce qui concerne les procédures d'identification utilisées au centre de détention.

ⁱ En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

^j *Procureur de l'appellant: John A. Black, Dartmouth.*

Procureur de l'intimée: Brian S. Norton, Halifax.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Labour Court – Jurisdiction – Complaint by employee against his association for failing its duty of representation in filing his grievance to arbitration – Court's order referring to arbitration employee's claim already arbitrated – Remedy not authorized by s. 47.5 of Labour Code – Excess of jurisdiction – Writ of evocation – Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 47.5.

GENDRON V. BAIE-JAMES (MUNICIPALITÉ DE LA), 401.

APPEAL

1. Expropriation – Right of the expropriating party to appeal from an order of the Expropriation Tribunal fixing the final indemnity to be paid to the lessee of an expropriated immovable.

BROSSARD (CITY OF) V. PELLETIER, 53.

2. Jurisdiction of Supreme Court of Canada – Leave to appeal refused by Court of Appeal – Whether leave to appeal to Supreme Court of Canada may be granted by the Supreme Court – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1).

MACDONALD V. CITY OF MONTREAL *et al.*, 460.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights – Presumption of innocence (s. 11(d)) – Reverse onus clause – Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug – Onus on accused to rebut presumption – Whether or not reverse onus in violation of s. 11(d) of the Charter – Whether or not reverse onus a reasonable limit to s. 11(d) and justified in a free and democratic society – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

R. V. OAKES, 103.

2. Indians and lands reserved for Indians – Provincial legislation dealing with the division of family assets not applicable to Indian reserved lands – Right of ownership or possession of lands on an Indian reserve within federal exclusive jurisdiction – Constitution Act, 1867, s. 91(24) – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 43 to 55 – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 18, 20, 24.

DERRICKSON V. DERRICKSON, 285.

3. Indians and lands reserved for Indians – Matrimonial home – Provincial legislation dealing with occupancy of family residence not applicable to a matrimonial home located on an Indian reserve – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 77 – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 20, 88.

PAUL V. PAUL, 306.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

4. Charter of Rights – Right to counsel – Right waived by intoxicated person – Accused still drunk when interrogated – Statements made during interrogation highly inculpatory – Whether or not violation of Charter right to counsel – Whether or not evidence should be excluded – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

CLARKSON V. THE QUEEN, 383.

5. Validity of legislation – Manitoba statutes enacted in English only invalid – Whether summons issued pursuant to a unilingual statute valid – Whether conviction made under a unilingual statute valid – Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, No. 8, s. 23 – The Highway Traffic Act, R.S.M. 1970, c. H60 – The Summary Convictions Act, R.S.M. 1970, c. S230.

BILODEAU V. ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA *et al.*, 449.

6. Language rights – French-speaking person in Manitoba given summons in English only for traffic violation – Whether unilingual summonses contravene s. 23 of the Manitoba Act, 1870 – Manitoba Act, 1870, R.S.C. 1970, App. II, No. 8, s. 23.

BILODEAU V. ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA *et al.*, 449.

7. Language rights – Court proceedings – English-speaking person in Quebec given summons for traffic violation in French only – Whether summonses emanating from Quebec courts constitutionally valid if issued in one or other of the official languages – Constitution Act, 1867, s. 133.

MACDONALD V. CITY OF MONTREAL *et al.*, 460.

8. Charter of Rights – Official languages of Canada – Proceedings in courts – Content of litigant's right to use either English or French in any court of New Brunswick – Whether this right comprises the right to be heard and understood by the court regardless of the official language used – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 14, 16, 19, 20, 27 – Official Languages of New Brunswick Act, R.S.N.B. 1973, c. O-1, s. 13(1).

SOCIÉTÉ DES ACADIENS DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. *et al.* V. ASSOCIATION OF PARENTS FOR FAIRNESS IN EDUCATION *et al.*, 549.

9. Charter of Rights – Courts of competent jurisdiction to grant remedy under s. 24(1) of the Charter – Accused alleging at his preliminary inquiry a violation of his Charter right to be tried within reasonable time – Preliminary inquiry judge not a court of competent jurisdiction – Procedure to be followed in seeking a remedy – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24.

MILLS V. THE QUEEN, 863.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

10. Charter of Rights – Trial within reasonable time – Whether accused's right to be tried within reasonable delay denied – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

MILLS V. THE QUEEN, 863.

11. Charter of Rights – Trial within reasonable time – Whether pre-charge delay relevant to determining if accused's right to be tried within reasonable time infringed – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

CARTER V. THE QUEEN, 981.

CONTRACTS

1. Distributorship – Termination by manufacturer without cause – Whether required reasonable notice – Clause providing for termination by manufacturer with immediate effect in the event of breach of agreement by distributor, insolvency of distributor, or change in partnership of distributor – Other clause providing for termination by manufacturer and distributor at any time with or without cause – Whether inclusion of words "upon the giving of such notice, this Agreement shall be cancelled, terminated and at an end" in first clause and their omission in second clause created ambiguity as to whether distributorship agreement could be terminated with immediate effect pursuant to the second clause or only upon giving reasonable notice – Application of the *contra proferentem* rule of construction.

HILLIS OIL AND SALES LTD. V. WYNN'S CANADA, LTD., 57.

2. Real estate – Listing agreement and agreement for purchase and sale – Buyer unwilling to close – Deposit held by broker – Vendor's action against buyer settled – Relationship between two documents – Interpretation of documents – Whether deposit to be returned to vendor or commission to be paid to broker – Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223, s. 36.

H.W. LIEBIG & CO. V. LEADING INVESTMENTS LTD., 70.

COSTS

Taxation – CRTC rate hearing – Commission empowered to award costs in any proceedings – Costs awarded to interveners – Question whether costs actually incurred by interveners – Whether or not Commission bound by principle of indemnification in award of costs as applied by courts – National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, ss. 64(2), 73 – Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 2(1) – CRTC Telecommunications Rules of Procedure, SOR/79-554, s. 44(1), (6).

BELL CANADA V. CONSUMERS' ASSOCIATION OF CANADA *et al.*, 190.

COURTS

1. Jurisdiction – Indictment – Amendment – Drug offences – Variance between the particular and the evidence – No amendment made throughout the proceedings – Supreme Court of Canada having jurisdiction to amend conviction – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529(4), (5), 613(1)(b)(i), (3).

MOROZUK V. THE QUEEN, 31.

2. Jurisdiction – Inherent jurisdiction of the Court of Appeal of New Brunswick – Court of Appeal granting applications for leave to appeal and for an extension of time to appeal – Applications made by a person not a party to the original action – Whether Court of Appeal had jurisdiction to grant the applications – Whether the Court of Appeal exercised its discretion in a judicial manner – Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2 as amended, ss. 8(2), 21.

SOCIÉTÉ DES ACADIENS DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. *et al.* V. ASSOCIATION OF PARENTS FOR FAIRNESS IN EDUCATION *et al.*, 549.

3. Judges – Language requirements – New Brunswick Court of Appeal – French language competence of appeal judge challenged – Level of understanding required of the Bench – Judges to determine their own linguistic competence – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 19(2) – Official Languages of New Brunswick Act, R.S.N.B. 1973, c. O-1, s. 13(1).

SOCIÉTÉ DES ACADIENS DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. *et al.* V. ASSOCIATION OF PARENTS FOR FAIRNESS IN EDUCATION *et al.*, 549.

4. Jurisdiction – Labour relations – Collective agreement – Breach – Strike notwithstanding no strike clause in agreement and in defiance of court injunction – Action by employer for damages – Whether court had jurisdiction to entertain action or whether jurisdiction restricted to arbitration board by statutory scheme.

ST. ANNE NACKAWIC PULP & PAPER CO. V. CANADIAN PAPER WORKERS UNION, LOCAL 219, 704.

5. Jurisdiction – Federal Court – Maritime law – Land-based tort with respect to recently unloaded goods – Short-term storage – Whether or not action within jurisdiction of Federal Court – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22(1), (2), 42 – The Admiralty Act, 1934, 1934 (Can.), c. 31, s. 18(1), (2), (3) – The Admiralty Act, 1891, 1891 (Can.), c. 29, s. 4.

ITO – INTERNATIONAL TERMINAL OPERATORS LTD. V. MIIDA ELECTRONICS INC. *et al.*, 752.

CRIMINAL LAW

1. Trial – Absence of accused – Trial judge examining two jurors in chambers in absence of accused and counsel – Inquiry relating to impartiality of certain jurors – Whether trial judge's examination to determine the impartiality of jurors need be in

CRIMINAL LAW—Continued

the presence of the accused – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 577.

VÉZINA AND CÔTÉ V. THE QUEEN, 2.

2. Fraud – Indictment – Indictment describing the “Bank of Montreal” as the victim of the conspiracy to defraud and the attempted fraud – No case *vis-à-vis* the Bank of Montreal – Motion to amend the indictment denied by trial judge because of irreparable prejudice to accused – No evidence of prejudice – Indictment amended and new trial ordered – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 338, 529.

VÉZINA AND CÔTÉ V. THE QUEEN, 2.

3. Drug offences – Accused convicted of possession of cannabis (*marihuana*) for purposes of trafficking while evidence disclosing trafficking in cannabis resin – Crown particularizing which substance was the narcotic while proving a different substance – Possession of a narcotic for the purpose of trafficking constituting the gravamen of the offence – Absence of prejudice to the accused – Indictment amended and appeal dismissed by Supreme Court of Canada – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 2, 4, schedule: item 3 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529(4), (5), 613(1)(b)(i), (3).

MOROZUK V. THE QUEEN, 31.

4. Jurisdiction – Procedure – Accused charged with same offences in separate informations – Joint trial – No jurisdiction to try simultaneously separate informations.

BELLEROSE *et al.* V. ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC, 55.

5. Presumption of innocence – Reverse onus – Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug – Onus on accused to rebut presumption – Whether or not constitutional guarantee of presumption of innocence (s. 11(d) of the Charter) violated.

R. V. OAKES, 103.

6. Evidence – Hearsay – Exclusionary rules – Conspiracy – Evidence of statements forming the agreement of conspiracy admissible.

COOK V. THE QUEEN, 144.

7. Arrest without warrant – Spatial limits – Private home – Extent of police power to effect arrest without warrant in private home – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 450(1)(a).

R. V. LANDRY, 145.

8. Trial without jury – Accused convicted of attempted murder – Conviction affirmed by Court of Appeal majority – Possibility that a majority judge thought trial was with jury – Appeal *de novo* directed.

DAOUST V. THE QUEEN, 248.

9. Gaming and betting – Charge of keeping a common gaming house – Offence not proven – Element of wagering absent – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 179(1), 185, 188(1)(b).

DI PIETRO *et al.* V. THE QUEEN, 250.

CRIMINAL LAW—Continued

10. Forgery and similar offences – Uttering forged document – Charges not proven – Fictitious bills for fees not used as genuine documents – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 324(1), 326.

R. V. VALOIS, 278.

11. Provocation – “Ordinary person” standard – Whether or not “ordinary person” means ordinary person of same age and sex as accused – Whether standard correctly and clearly explained in charge to jury – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 215(1), (2).

R. V. HILL, 313.

12. Power of a court of appeal – Appeal by accused from conviction for manslaughter – Court of Appeal ordered new trial on original charge of second-degree murder – Excess of jurisdiction – New trial ordered by Supreme Court on charge of manslaughter – Supreme Court jurisdiction limited by nature of appeal – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 603(1), 605(1)(a), (2), 613(1)(a), (2), (4), 618(2)(a), 623(1).

GUILLEMETTE V. THE QUEEN, 356.

13. Preliminary inquiry – Procedure – Preliminary hearing judge concluding that evidence not establishing identity of accused beyond reasonable doubt – Order endorsed “dismissed” – Whether *certiorari* available to quash preliminary inquiry decision – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 475.

DUBOIS V. THE QUEEN, 366.

14. Obscenity – Accused charged with making obscene publication – Charge brought because of obscene photograph taken by accused – No evidence of publication or intention to publish – Whether inclusion of word “publication” in charge an essential averment or mere surplusage – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 159(1)(a), (8).

HAWKSHAW V. THE QUEEN, 668.

15. Convictions for attempted robbery and use of firearm upheld by Court of Appeal – No error of law committed at trial – No miscarriage of justice.

FARQUHARSON V. THE QUEEN, 703.

16. Mortgage – Criminal interest rate – Whether the interest rate on the mortgage violated s. 305.1 of the Criminal Code.

NELSON *et al.* V. C.T.C. MORTGAGE CORP., 749.

17. Sentencing – Use of firearm during commission of offence – Whether penalties imposed under s. 83 of the Criminal Code to be served consecutively – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 83.

BOUCHER V. THE QUEEN, 750.

18. Directed verdict – Charge of rape – Sufficiency of identification evidence – Complainant’s observations of assailant made in difficult conditions – Improper police identification

CRIMINAL LAW—Concluded

procedures – Trial judge finding identification evidence unreliable to convict – Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal – Test for a directed verdict.

MEZZO V. THE QUEEN, 802.

19. Evidence – Identification – Accused paraded in detention centre corridor and not in line-up – Charge to jury indicating need for caution in approaching identification evidence but not relating that need to facts – Appeal allowed and new trial ordered.

CANNING V. THE QUEEN, 991.

EXPROPRIATION

Crown – Discontinuance – Temporal application of the law – Discontinuance pursuant to rules of Code of Civil Procedure though Expropriation Act had come into effect – Whether new Expropriation Act applicable to expropriation by Crown before it came into effect – No vested right in unilateral discontinuance – Expropriation Act, R.S.Q. 1977, c. E-24, s. 55 (formerly Expropriation Act, 1973 (Que.), c. 38, s. 54) – Code of Civil Procedure, art. 797.

ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC V. EXPROPRIATION TRIBUNAL *et al.*, 732.

FAMILY LAW

1. Division of matrimonial property following divorce – Application under provincial legislation for declaration of interest in Indian lands – Provincial legislation not applicable to Indian reserved lands – Compensation in lieu of division of property awarded – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 43 to 55 – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 18, 20, 24, 88.

DERRICKSON V. DERRICKSON, 285.

2. Matrimonial home – Indian reserve – Application under provincial legislation for interim occupancy of the family residence located on Indian reserve – Provincial legislation not applicable to Indian reserved lands – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 77 – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 20, 88.

PAUL V. PAUL, 306.

INDIANS

1. Reserved lands – Division of matrimonial property following divorce – Conflict between federal Indian Act and provincial legislation dealing with the division of family assets – Provincial legislation not applicable to Indian reserved lands – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 43 to 55 – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.

DERRICKSON V. DERRICKSON, 285.

INDIANS—Concluded

2. Reserved lands – Matrimonial home – Conflict between federal Indian Act and provincial legislation dealing with occupancy of family residence – Provincial legislation not applicable to a matrimonial home located on an Indian reserve – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 77 – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 20, 88.

PAUL V. PAUL, 306.

LABOUR LAW

Extent of Labour Court's power of remedy – Complaint by employee against his association for failing its duty of representation in filing his grievance to arbitration – Court's order referring to arbitration employee's claim already arbitrated – Remedy not authorized by s. 47.5 of Labour Code – Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 47.5.

GENDRON V. BAIE-JAMES (MUNICIPALITÉ DE LA), 401.

LABOUR RELATIONS

Collective agreement – Breach – Strike notwithstanding no strike clause in agreement and in defiance of court injunction – Action by employer for damages – Whether court had jurisdiction to entertain action or whether jurisdiction restricted to arbitration board by statutory scheme – Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 53(1), 55(1), 91(1).

ST. ANNE NACKAWIC PULP & PAPER CO. V. CANADIAN PAPER WORKERS UNION, LOCAL 219, 704.

LIMITATION OF ACTIONS

Limitation period altered – Medical malpractice – Action statute-barred when amending legislation became effective – Action brought within period allowed by amending legislation – Whether or not amending legislation can be relied on – The Medical Act, R.S.O. 1970, c. 268, s. 48 – The Health Disciplines Act, 1974, 1974 (Ont.), c. 47 – The Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225, ss. 10, 14(1)(c).

MARTIN V. PERRIE, 41.

MARITIME LAW

1. Contract – Bill of lading – Exemption of liability clauses – Himalaya clause extending exemption from carrier to stevedore – Goods stolen after delivery to warehouse – Whether or not Himalaya clause effective in extending exemption.

ITO – INTERNATIONAL TERMINAL OPERATORS LTD. V. MIIDA ELECTRONICS INC. *et al.*, 752.

2. Scope of maritime law – Port warehouse left unsecured and goods stolen – Whether maritime law including common law concept of negligence or whether Civil Code of Quebec

MARITIME LAW—Concluded

incorporated into Canadian maritime law for cases arising in Quebec – Civil Code, arts. 1029, 1053.

ITO – INTERNATIONAL TERMINAL OPERATORS LTD. v. MIIDA ELECTRONICS INC. *et al.*, 752.

MORTGAGE

Interest – Method of calculation – Whether the interest rate payable on the mortgage was a “criminal interest rate” – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 305.1 [en. 1980-81-82-83, c. 43, s. 9].

NELSON *et al.* v. C.T.C. MORTGAGE CORP., 749.

NARCOTICS

Narcotic Control Act – Restoration procedure – Seizure of monies allegedly connected to narcotics offence – Restoration proceedings not concluded before applicant's death – Whether or not monies should be restored to innocent personal representative – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10.

FLEMING (GOMBOSH ESTATE) v. THE QUEEN, 415.

PENSIONS

Entitlement – Vesting – Contributions made by employer to multi-employer pension plan established by international union – New pension plan subsequently established for members of local union – Benefits under original plan not yet vested – Employees not entitled to deferred benefits under original plan.

NERO *et al.* v. RYGUS *et al.*, 989.

PREROGATIVE WRITS

Certiorari – Preliminary inquiry – Preliminary hearing judge concluding that evidence not establishing identity of accused beyond reasonable doubt – Order endorsed “dismissed” – Whether *certiorari* available to effect review of preliminary inquiry decision.

DUBOIS v. THE QUEEN, 366.

TAXATION

1. Income tax – Computation of income – Sale of land and buildings – Parties' allocation of price between depreciable and non-depreciable property reassessed by Minister of National Revenue pursuant to s. 68 of the Income Tax Act – Whether

TAXATION—Concluded

the Minister's power under s. 68 applicable to such transaction – Whether parties' allocation of purchase price reasonable – Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 68.

THE QUEEN v. GOLDEN *et al.*, 209.

2. Income tax – Computation of income – Deductions – Allowances payable on a periodic basis – Monthly payments to former wife to repay charges affecting her property – Whether these payments made pursuant to a judgment deductible – Definition of “allowance” in s. 60(b) of Income Tax Act – Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 60(b).

GAGNON v. THE QUEEN, 264.

TORTS

1. Negligence – Duty of care – Remoteness – Courier failing to deliver envelope on time for land closing – Courier unaware of envelope's content or of reason for haste – Contract with third party tied to timely closing – Contract terminated – Economic loss suffered – Whether courier owed duty of care to prevent resultant economic loss – Whether loss reasonably considered as arising from courier's failure to deliver on time.

B.D.C. LTD. v. HOFSTRAND FARMS LTD., 228.

2. Negligence – *Volenti non fit injuria* – Passenger riding in car driven by driver known by him to have been drinking – Injuries sustained in accident – Whether or not defence of *volenti non fit injuria* available.

DUBE v. LABAR, 649.

TRIAL

Charge to jury – Allegation of negligence – Defences of *volenti non fit injuria* and contributory negligence – Possibility of jury's being confused by charge – Whether or not new trial should be ordered.

DUBE v. LABAR, 649.

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Deduction and payment of premiums – Tips received by employer and paid to employees pursuant to agreement – Whether such tips should be taken into consideration in calculating unemployment insurance premiums payable by employer – Meaning of the expression “insurable earnings” – Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48 as amended, ss. 66, 68.

CANADIAN PACIFIC LTD. v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, 678.

INDEX

APPEL

1. Expropriation – Droit de l'expropriant d'interjeter appel d'une ordonnance du Tribunal de l'expropriation fixant l'indemnité définitive payable au locataire d'un immeuble exproprié.

BROSSARD (VILLE DE) C. PELLETIER, 53.

2. Compétence de la Cour suprême du Canada – Autorisation d'appel refusée par la Cour d'appel – Une autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada peut-elle être accordée par la Cour suprême? – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41(1).

MACDONALD C. VILLE DE MONTRÉAL *et autres*, 460.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Retenue et paiement des cotisations – Pourboires reçus par l'employeur et versés aux employés conformément à une entente – Ces pourboires doivent-ils être pris en considération dans le calcul des cotisations d'assurance-chômage payables par l'employeur? – Sens de l'expression «rémunération assurable» – Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48 et modifications, art. 66, 68.

CANADIAN PACIFIC LTÉE C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, 678.

BREVS DE PRÉROGATIVE

Certiorari – Enquête préliminaire – Conclusion du juge à l'enquête préliminaire que la preuve n'établit pas l'identité de l'accusé hors de tout doute raisonnable – Ordonnance endossée du mot «rejeté» – Le *certiorari* peut-il être utilisé pour réviser une décision rendue à l'enquête préliminaire?

DUBOIS C. LA REINE, 366.

CONTRATS

1. Distribution – Résiliation par le fabricant sans motif – Un avis suffisant est-il requis? – Article prévoyant la résiliation du contrat par le fabricant avec effet immédiat s'il y a violation du contrat par le distributeur, insolvabilité de ce dernier ou changement dans sa société – Autre article prévoyant la résiliation par le fabricant ou le distributeur, n'importe quand, avec ou sans motif – L'insertion des mots «sur envoi de cet avis, le présent contrat sera résilié, annulé et il prendra fin» dans le premier article et leur omission dans le deuxième créent-elles une ambiguïté sur le point de savoir si le contrat de distribution peut prendre fin immédiatement en vertu du deuxième article ou

CONTRATS—Fin

seulement après un avis suffisant? – Application de la règle d'interprétation *contra proferentem*.

HILLIS OIL AND SALES LTD. C. WYNN'S CANADA, LTD., 57.

2. Biens immobiliers – Convention d'inscription et promesse de vente – Refus de l'acheteur de mener la vente à son terme – Dépôt détenu par le courtier – Action intentée par le vendeur contre l'acheteur réglée – Lien entre deux documents – Interprétation de documents – Le dépôt doit-il être remis au vendeur ou la commission versée au courtier? – Judicature Act, R.S.O. 1980, chap. 223, art. 36.

H.W. LIEBIG & CO. C. LEADING INVESTMENTS LTD., 70.

DÉPENS

Taxation – Audience du CRTC portant sur les tarifs – Pouvoir du Conseil d'adjuger des frais dans toute procédure – Frais adjugés aux intervenants – Des frais ont-ils été effectivement engagés par les intervenants? – Le Conseil est-il lié par le principe d'indemnisation appliqué dans l'adjudication des frais par les tribunaux? – Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17, art. 64(2), 73 – Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 2(1) – Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications, DORS/79-554, art. 44(1), (6).

BELL CANADA C. ASSOCIATION DES CONSOMMATEURS DU CANADA *et autres*, 190.

DROIT ADMINISTRATIF

Tribunal du travail – Compétence – Plainte d'un salarié contre son association pour manquement à son devoir de représentation dans la présentation de son grief à l'arbitrage – Ordonnance du Tribunal déferant à l'arbitrage la réclamation du salarié déjà arbitrée – Redressement non autorisé par l'art. 47.5 du Code du travail – Excès de compétence – Bref d'évocation – Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 47.5.

GENDRON C. BAIE JAMES (MUNICIPALITÉ DE LA), 401.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits – Présomption d'innocence (al. 11d) – Disposition portant inversion de la charge de la preuve – L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite – Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption – L'inversion de la charge de la preuve est-elle contraire à l'al. 11d) de la Charte? – L'inversion de la charge de la preuve apporte-t-elle à l'al. 11d) une limite qui soit raisonnable et justifiée dans une société libre

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

et démocratique? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

R. C. OAKES, 103.

2. Indiens et terres réservées aux Indiens – Législation provinciale concernant le partage des biens familiaux inapplicable aux terres réservées aux Indiens – Compétence fédérale exclusive sur le droit de propriété ou de possession des terres d'une réserve indienne – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 43 à 55 – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 18, 20, 24.

DERRICKSON C. DERRICKSON, 285.

3. Indiens et terres réservées aux Indiens – Résidence familiale – Législation provinciale portant sur l'occupation de la résidence familiale inapplicable quand cette résidence est située sur une réserve indienne – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 77 – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 20, 88.

PAUL C. PAUL, 306.

4. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Renonciation à ce droit par une personne en état d'ébriété – Accusée encore ivre au moment de l'interrogatoire – Déclarations très incriminantes faites pendant l'interrogatoire – Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte? – Y a-t-il lieu d'exclure cette preuve? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

CLARKSON C. LA REINE, 383.

5. Validité d'une loi – Invalidité des lois manitobaines adoptées en anglais seulement – Les sommations délivrées conformément à une loi unilingue sont-elles valides? – La déclaration de culpabilité prononcée en vertu d'une loi unilingue est-elle valide? – Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II, n° 8, art. 23 – The Highway Traffic Act, R.S.M. 1970, chap. H60 – The Summary Convictions Act, R.S.M. 1970, chap. S230.

BILODEAU C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA *et autres*, 449.

6. Droits linguistiques – Sommaton adressée en anglais seulement à un francophone au Manitoba relativement à une infraction à la circulation routière – Les sommations unilingues sont-elles contraires à l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba – Loi de 1870 sur le Manitoba, S.R.C. 1970, app. II, n° 8, art. 23.

BILODEAU C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA *et autres*, 449.

7. Droits linguistiques – Procédures judiciaires – Sommaton adressée en français seulement à un anglophone au Québec relativement à une infraction à la circulation routière – Les sommations émanant des tribunaux québécois sont-elles constitutionnellement valides lorsqu'elles sont délivrées dans l'une ou l'autre des langues officielles? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.

MACDONALD C. VILLE DE MONTRÉAL *et autres*, 460.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

8. Charte des droits – Langues officielles du Canada – Procédures devant les tribunaux – Contenu du droit des plaideurs d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick – Ce droit comporte-t-il le droit d'être entendu et compris par le tribunal indépendamment de la langue officielle utilisée? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 14, 16, 19, 20, 27 – Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1, art. 13(1).

SOCIÉTÉ DES ACADIENS DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. *et autre* C. ASSOCIATION OF PARENTS FOR FAIRNESS IN EDUCATION *et autres*, 549.

9. Charte des droits – Tribunaux compétents pour accorder une réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte – Inculpé alléguant à l'enquête préliminaire qu'il y a eu violation de son droit conféré par la Charte d'être jugé dans un délai raisonnable – Le juge à l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent – Procédures à suivre pour obtenir une réparation – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24.

MILLS C. LA REINE, 863.

10. Charte des droits – Procès dans un délai raisonnable – Y a-t-il eu négation du droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

MILLS C. LA REINE, 863.

11. Charte des droits – Procès tenu dans un délai raisonnable – Pertinence ou non du délai antérieur à l'inculpation pour déterminer s'il y a eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

CARTER C. LA REINE, 981.

DROIT CRIMINEL

1. Procès – Absence des accusés – Interrogatoire de deux jurées par le juge du procès dans son cabinet en l'absence des accusés et des avocats – Enquête concernant l'impartialité de certains jurés – Le juge du procès doit-il mener l'interrogatoire relatif à l'impartialité de jurés en présence des accusés? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 577.

VÉZINA ET CÔTÉ C. LA REINE, 2.

2. Fraude – Acte d'accusation – Acte d'accusation identifiant la «Banque de Montréal» comme victime d'un complot en vue de frauder et d'une tentative de fraude – Aucune preuve concernant la Banque de Montréal – Rejet d'une requête en modification de l'acte d'accusation par le juge du procès pour cause de préjudice irréparable aux accusés – Aucune preuve de préjudice – Acte d'accusation modifié et nouveau procès ordonné – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 338, 529.

VÉZINA ET CÔTÉ C. LA REINE, 2.

3. Infractions relatives à des stupéfiants – Accusé déclaré coupable de possession de cannabis (marihuana) pour en faire le trafic malgré la preuve de trafic de résine de cannabis – La

DROIT CRIMINEL—Suite

poursuite particularise la substance constituant le stupéfiant mais prouve une substance différente – La possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic est l'essence de l'infraction – Aucun préjudice causé à l'accusé – Modification de l'acte d'accusation et rejet du pourvoi par la Cour suprême du Canada – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 2, 4, annexe: art. 3 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529(4), (5), 613(1)b(i), (3).

MOROZUK C. LA REINE, 31.

4. Compétence – Procédure – Prévenus inculpés des mêmes infractions dans des dénonciations distinctes – Procès conjoint – Absence de compétence pour juger simultanément des dénonciations distinctes.

BELLEROSÉ *et autres* C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, 55.

5. Présomption d'innocence – Inversion de la charge de la preuve – L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite – Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption – Y a-t-il eu violation du droit constitutionnel d'être présumé innocent (al. 11d) de la Charte)?

R. C. OAKES, 103.

6. Preuve – Oui-dire – Règles d'exclusion – Complot – Admissibilité de la preuve de déclarations relatives à l'entente en vue du complot.

COOK C. LA REINE, 144.

7. Arrestation sans mandat – Limites dans l'espace – Maison privée – Étendue du pouvoir de la police pour procéder à une arrestation sans mandat dans une maison privée – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 450(1)a).

R. C. LANDRY, 145.

8. Procès sans jury – Accusé reconnu coupable de tentative de meurtre – Déclaration de culpabilité confirmée majoritairement par la Cour d'appel – Possibilité qu'un juge de la majorité se soit cru en présence d'un procès avec jury – Appel *de novo* ordonné.

DAOUST C. LA REINE, 248.

9. Jeux et paris – Accusation d'avoir tenu une maison de jeu – Infraction non prouvée – Absence de gageure – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 179(1), 185, 188(1)b).

DI PIETRO *et autre* C. LA REINE, 250.

10. Faux et infractions similaires – Emploi d'un document contrefait – Infractions non prouvées – Comptes d'honoraires fictifs non utilisés comme documents authentiques – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 324(1), 326.

R. C. VALOIS, 278.

11. Provocation – Norme de la «personne ordinaire» – Une «personne ordinaire» désigne-t-elle une personne ordinaire du même âge et du même sexe que l'accusé? – La norme a-t-elle

DROIT CRIMINEL—Suite

été correctement et clairement expliquée dans l'exposé au jury? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 215(1), (2).

R. C. HILL, 313.

12. Pouvoir d'une cour d'appel – Appel de l'accusé d'un verdict de culpabilité pour homicide involontaire – Cour d'appel ordonnant un nouveau procès sur l'accusation originale de meurtre au deuxième degré – Excès de compétence – Nouveau procès ordonné par la Cour suprême sur l'accusation d'homicide involontaire – Compétence de la Cour suprême limitée par la nature du pourvoi – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 603(1), 605(1)a), (2), 613(1)a), (2), (4), 618(2)a), 623(1).

GUILLEMETTE C. LA REINE, 356.

13. Enquête préliminaire – Procédure – Conclusion du juge à l'enquête préliminaire que la preuve n'établit pas l'identité de l'accusé hors de tout doute raisonnable – Ordonnance endossée du mot «rejeté» – Le *certiorari* peut-il être utilisé pour annuler une décision rendue à l'enquête préliminaire? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 475.

DUBOIS C. LA REINE, 366.

14. Obscénité – Accusation d'avoir produit une publication obscène – Accusation portée en raison d'une photographie obscène prise par l'accusé – Aucune preuve de publication ou d'intention de publier – L'inclusion du terme «publication» dans l'accusation est-elle une allégation essentielle ou simplement superflète? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(1)a), (8).

HAWKSHAW C. LA REINE, 668.

15. Maintien par la Cour d'appel des déclarations de culpabilité de tentative de vol qualifié et d'usage d'une arme à feu – Aucune erreur de droit commise au procès – Aucune erreur judiciaire.

FARQUHARSON C. LA REINE, 703.

16. Hypothèques – Taux d'intérêt criminel – Le taux d'intérêt applicable à l'hypothèque constituait-il une infraction à l'art. 305.1 du Code criminel?

NELSON *et autres* C. C.T.C. MORTGAGE CORP., 749.

17. Sentence – Usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction – Les peines imposées en vertu de l'art. 83 du Code criminel doivent-elles être purgées consécutivement entre elles? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 83.

BOUCHER C. LA REINE, 750.

18. Verdict imposé – Accusation de viol – Suffisance de la preuve d'identification – Observations par la plaignante de son agresseur faites dans des conditions difficiles – Procédures d'identification irrégulières de la part de la police – Selon le juge du procès, preuve d'identification peu digne de foi pour conclure à la culpabilité – Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement? – Critère applicable en matière de verdict imposé.

MEZZO C. LA REINE, 802.

DROIT CRIMINEL—Fin

19. Preuve – Identification – Identification de l'accusé dans le corridor d'un centre de détention et non dans le cadre d'une séance d'identification régulière – Directives au jury faisant part de la nécessité de montrer de la prudence en abordant la preuve d'identification, mais n'établissant pas de lien entre cette nécessité et les faits – Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

CANNING C. LA REINE, 991.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Partage des biens matrimoniaux à la suite d'un divorce – Demande en vertu de la législation provinciale en vue d'obtenir un jugement déclaratoire relatif aux droits sur des terres indiennes – Législation provinciale inapplicable aux terres réservées aux Indiens – Indemnisation en lieu et place du partage des biens – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 43 à 55 – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 18, 20, 24, 88.

DERRICKSON C. DERRICKSON, 285.

2. Résidence familiale – Réserve indienne – Demande en vertu d'une législation provinciale pour l'occupation à titre provisoire de la résidence familiale située sur une réserve indienne – Législation provinciale inapplicable aux terres réservées aux Indiens – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 77 – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 20, 88.

PAUL C. PAUL, 306.

DROIT DU TRAVAIL

Étendue du pouvoir de redressement du Tribunal du travail – Plainte d'un salarié contre son association pour manquement à son devoir de représentation dans la présentation de son grief à l'arbitrage – Ordonnance du Tribunal déférant à l'arbitrage la réclamation du salarié déjà arbitrée – Redressement non autorisé par l'art. 47.5 du Code du travail – Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 47.5.

GENDRON C. BAIE-JAMES (MUNICIPALITÉ DE LA), 401.

DROIT FISCAL

1. Impôt sur le revenu – Calcul du revenu – Vente d'un terrain et de bâtiments – Répartition du prix établie par les parties entre les biens amortissables et les biens non amortissables modifiée par le ministre du Revenu national en vertu de l'art. 68 de la Loi de l'impôt sur le revenu – Le pouvoir conféré au Ministre par l'art. 68 est-il applicable à cette opération? – La répartition du prix d'achat établie par les parties est-elle raisonnable? – Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 68.

LA REINE C. GOLDEN *et autres*, 209.

DROIT FISCAL—Fin

2. Impôt sur le revenu – Calcul du revenu – Déductions – Allocations payables périodiquement – Paiements mensuels versés à l'ex-épouse pour le remboursement des charges affectant son immeuble – Ces paiements faits en vertu d'un jugement sont-ils déductibles? – Définition du terme "allocation" à l'al. 60b) de la Loi de l'impôt sur le revenu – Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 60b).

GAGNON C. LA REINE, 264.

DROIT MARITIME

1. Contrat – Connaissance – Clauses de non-responsabilité – Clause Himalaya étendant la non-responsabilité du transporteur au manutentionnaire – Vol de la marchandise après livraison à l'entrepôt – La clause Himalaya a-t-elle pour effet d'étendre l'exemption?

ITO – INTERNATIONAL TERMINAL OPERATORS LTD. C. MIIDA ELECTRONICS INC. *et autre*, 752.

2. Champ d'application du droit maritime – Entrepôt portuaire sans surveillance et marchandise volée – Le droit maritime inclut-il la notion de négligence de la common law ou le Code civil du Québec est-il incorporé dans le droit maritime canadien pour les affaires d'origine québécoise? – Code civil, art. 1029, 1053.

ITO – INTERNATIONAL TERMINAL OPERATORS LTD. C. MIIDA ELECTRONICS INC. *et autre*, 752.

EXPROPRIATION

Couronne – Désistement – Application de la loi dans le temps – Désistement selon les règles du Code de procédure civile malgré l'entrée en vigueur de la Loi de l'expropriation – La nouvelle loi sur l'expropriation est-elle applicable à une expropriation faite avant son entrée en vigueur par la Couronne? – Aucun droit acquis au désistement unilatéral – Loi sur l'expropriation, L.R.Q. 1977, chap. E-24, art. 55 (auparavant Loi de l'expropriation, 1973 (Qué.), chap. 38, art. 54) – Code de procédure civile, art. 797.

PROCURER GÉNÉRAL DU QUÉBEC C. TRIBUNAL DE L'EXPROPRIATION *et autres*, 732.

HYPOTHÈQUES

Intérêts – Méthode de calcul – Le taux d'intérêt applicable à l'hypothèque était-il un «taux d'intérêt criminel»? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 305.1 [aj. 1980-81-82-83, chap. 43, art. 9].

NELSON *et autres* C. C.T.C. MORTGAGE CORP., 749.

INDIENS

1. Terres réservées – Partage des biens matrimoniaux à la suite d'un divorce – Conflit entre la loi fédérale sur les Indiens et la législation provinciale portant sur le partage des biens familiaux – Législation provinciale inapplicable aux terres réservées aux Indiens – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 43 à 55 – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88.

DERRICKSON C. DERRICKSON, 285.

2. Terres réservées – Résidence familiale – Conflit entre la loi fédérale sur les Indiens et la législation provinciale portant sur l'occupation de la résidence familiale – Législation provinciale inapplicable à une résidence familiale située sur une réserve indienne – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 77 – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 20, 88.

PAUL C. PAUL, 306.

PRESCRIPTION

Modification de la période de prescription – Faute médicale – Action déjà prescrite à l'entrée en vigueur de la loi modificative – Action intentée à l'intérieur du délai accordé par la loi modificative – Peut-on se fonder sur la loi modificative? – The Medical Act, R.S.O. 1970, chap. 268, art. 48 – The Health Disciplines Act, 1974, 1974 (Ont.), chap. 47 – Loi d'interprétation, R.S.O. 1970, chap. 225, art. 10, 14(1)c).

MARTIN C. PERRIE, 41.

PROCÈS

Exposé du juge au jury – Allégation de négligence – Moyens de défense de volenti non fit injuria et de la faute de la victime – Possibilité de confusion dans l'esprit des jurés à cause de l'exposé – Faut-il ordonner un nouveau procès?

DUBE C. LABAR, 649.

RÉGIME DE RETRAITE

Droit d'en bénéficier – Attribution – Cotisations versées par l'employeur dans un régime de retraite multi-employeurs établi par un syndicat international – Établissement subséquent d'un nouveau régime de retraite à l'intention des membres du syndicat local – Prestations en vertu du régime initial non encore attribuées – Employés n'ayant pas droit aux prestations différées du régime initial.

NERO et autres C. RYGUS et autres, 989.

RELATIONS DE TRAVAIL

Convention collective – Violation – Grève déclenchée malgré l'interdiction de grève stipulée dans la convention collective

RELATIONS DE TRAVAIL — Fin

et au mépris d'une injonction judiciaire – Action en dommages-intérêts intentée par l'employeur – Le tribunal avait-il compétence pour connaître de l'action ou la Loi donnait-elle compétence exclusive au conseil d'arbitrage? – Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4, art. 53(1), 55(1), 91(1).

ST. ANNE NACKAWIC PULP & PAPER CO. C. SYNDICAT CANADIEN DES TRAVAILLEURS DU PAPIER (SECTION LOCALE 219), 704.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence – Obligation de diligence – Le service de messageries n'a pas livré une enveloppe à temps pour permettre de conclure la cession d'un terrain – Le service de messageries ne connaissait ni le contenu de l'enveloppe ni la raison de l'urgence – Le contrat avec le tiers était assujéti au respect du délai imparti – Contrat résilié – Préjudice financier subi – Le service de messageries avait-il une obligation de diligence pour empêcher le préjudice financier? – Le préjudice peut-il être raisonnablement considéré comme découlant du défaut du service de messageries d'effectuer la livraison à temps?

B.D.C. LTD. C. HOFSTRAND FARMS LTD., 228.

2. Négligence – Volenti non fit injuria – Passager d'une automobile qui sait que le conducteur a bu – Blessures subies dans un accident – Applicabilité du moyen de défense de volenti non fit injuria.

DUBE C. LABAR, 649.

STUPÉFIANTS

Loi sur les stupéfiants – Procédure de restitution – Saisie de sommes d'argent qui seraient liées à des infractions relatives à des stupéfiants – Procédure de demande de restitution en cours au moment du décès du requérant – Faut-il restituer l'argent au représentant personnel innocent du défunt? – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10.

FLEMING (SUCCESSION GOMBOSH) C. LA REINE, 415.

TRIBUNAUX

1. Compétence – Acte d'accusation – Modification – Infractions relatives à des stupéfiants – Divergence entre un détail de l'acte d'accusation et la preuve – Aucune modification apportée pendant les procédures – Compétence de la Cour suprême du Canada de modifier la déclaration de culpabilité – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529(4), (5), 613(1b)(i), (3).

MOROZUK C. LA REINE, 31.

TRIBUNAUX

2. Compétence – Compétence inhérente de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick – Demandes d'autorisation d'appel et de prorogation du délai d'appel accordées par la Cour d'appel – Demandes émanant d'une personne non partie à l'action initiale – La Cour d'appel avait-elle compétence pour accorder les demandes? – La Cour d'appel a-t-elle exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire? – Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, chap. J-2 et modifications, art. 8(2), 21.

SOCIÉTÉ DES ACADIENS DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. *et autre* C. ASSOCIATION OF PARENTS FOR FAIRNESS IN EDUCATION *et autres*, 549.

3. Juges – Exigences linguistiques – Cour d'appel du Nouveau-Brunswick – Contestation de la compétence en français d'un juge de la Cour d'appel – Niveau de compréhension que doivent posséder les juges – Il appartient aux juges de décider de leur propre compétence linguistique – Charte canadienne des droits et libertés, art. 19(2) – Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, chap. O-1, art. 13(1).

SOCIÉTÉ DES ACADIENS DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC. *et autre* C. ASSOCIATION OF PARENTS FOR FAIRNESS IN EDUCATION *et autres*, 549.

TRIBUNAUX—Fin

4. Compétence – Relations de travail – Convention collective – Violation – Grève déclenchée malgré l'interdiction de grève stipulée dans la convention collective et au mépris d'une injonction judiciaire – Action en dommages-intérêts intentée par l'employeur – Le tribunal avait-il compétence pour connaître de l'action ou la Loi donnait-elle compétence exclusive au conseil d'arbitrage?

ST. ANNE NACKAWIC PULP & PAPER CO. C. SYNDICAT CANADIEN DES TRAVAILLEURS DU PAPIER (SECTION LOCALE 219), 704.

5. Compétence – Cour fédérale – Droit maritime – Délit terrestre concernant la marchandise récemment débarquée – Entreposage à court terme – L'action relève-t-elle de la compétence de la Cour fédérale? – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 2, 22(1), (2), 42 – Loi d'Amirauté, 1934, 1934 (Can.), chap. 31, art. 18(1), (2), (3) – Acte de l'Amirauté, 1891, 1891 (Can.), chap. 29, art. 4.

ITO – INTERNATIONAL TERMINAL OPERATORS LTD. C. MIIDA ELECTRONICS INC. *et autre*, 752.



*If undelivered, return COVER ONLY to
Canadian Government Publishing Centre,
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Centre d'édition du gouvernement du Canada,
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9*